CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE.

CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE,

del Signor **Duranton**,

PROFESSORE NELLA FACOLTÀ DI DIRITTO IN PARIGI,
MEMBRO DELLA LEGIONE DI ONORE.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA SULLA EDIZIONE PARIGINA, CORREDATA DI NOTE DIRETTE PRINCIPALMENTE AD ILLUSTRARE LE LEGGI CIVILI PEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TOMO DECIMO.

NAPOLI,
presso Carlo Cataneo.
1835.

CORSO
di
DRITTO FRANCESE
SECONDO IL CODICE CIVILE.

LIBRO III.

De' differenti modi con cui si acquista la proprietà.

TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO PRIMO.

Disposizioni preliminari.

SEZIONE PRIMA.

Nozioni generali.

SOMMARIO.

1. *Motivi generali de' contratti.*
2. *La loro origine risale a quella delle società.*
3. *I legislatori di tutti i popoli inciviliti li posero sotto la protezione delle leggi.*

4. *I Romani soprattutto si fecero con particolarità a stabilire accuratamente tuttociò che concerne le convenzioni tra cittadini.*

5. *Le regole stabilite a tal riguardo furono generalmente di scorta ai compilatori del Codice civile, i quali credettero di dover far precedere le disposizioni su ciascuna specie di contratto, da un titolo composto di regole comuni a tutti.*

6. *Moltissime di queste regole si applicano pure ad obbligazioni diverse da quelle che nascono dai contratti propriamente detti.*

7. *Il dritto romano offre eziandio in un medesimo titolo una riunione di canoni generali, ma meno completa di quella che presenta la nostra legge intitolata* De' Contratti o delle Obbligazioni convenzionali in generale.

8. *L'ordine sì metodico tenuto dai compilatori del Codice in comporre questa legge è dovuto in massima parte al dotto e giudizioso Pothier.*

9. *Che si debba intendere per* convenzioni *in dritto: esse formano leggi per coloro che le fecero: alcune sono di utile privato, altre di utile pubblico, come i trattati di pace, di alleanza e di commercio.*

10. *La parola* convenzione *abbraccia pure tutte le clausole colle quali si modificano o si sciolgono convenzioni già esistenti.*

11. *Per produrre obbligazioni, bisogna che le convenzioni siano state fatte con questa mira: conseguenza.*

12. *Continuazione della proposizione.*

13. *Continuazione ed esempio del caso in cui una promessa, benchè fatta da vero, non è tuttavolta civilmente obbligatoria.*

14. *Le convenzioni hanno per effetto di produrre obbligazioni: che s' intenda per* obbligazioni.

15. *Le convenzioni hanno effetto soltanto fra le parti, e non ne producono contra i terzi.*

16. *L'obbligazione in dritto ci vincola assai più della maggior parte de' semplici* doveri.

17. *Le convenzioni non sono le sole cause delle obbligazioni propriamente dette.*

18. *Si possono considerare le obbligazioni in molti aspetti, e per conseguenza stabilirne diverse divisioni.*

1. Riunendosi gli uomini in società, vero è che moltiplicarono molto i lori bisogni, ma seppero al-

meno procurarsi i mezzi di soddisfarli mediante le loro scambievoli obbligazioni, o mediante le loro convenzioni; imperocchè, come l'osserva l'illustre Domat, pel lavoro e per l'industria, gli uomini prestano la loro opera, si associano ed oprano diversamente gli uni per gli altri: per le cose, allorchè hanno d'uopo di acquistarle o di sbarazzarsene, ne fanno il traffico mercè permute o vendite; allorchè hanno bisogno di averle sol per un tempo, le prendono in fitto o in prestito, ed a seconda degli altri diversi bisogni che aver possono, formano altre obbligazioni, altre convenzioni.

2. Da questa idea generale delle convenzioni, vedesi che convien considerarle come mezzi che gli uomini adoprano comunemente per procurarsi ciocchè loro manca, dando ciocchè hanno di superfluo. Senza il loro uso, sarebbe ciascuno ridotto a trovare in sè stesso tutto quel che gli fosse necessario, e per un effetto naturale dell'umana debolezza, sarebbe sovente esposto a mancar delle cose più indispensabili al sostegno della propria esistenza, quando d'altra parte si troverebbe colmo di cose che gli sarebbero inutili. Le convenzioni adunque stabiliscono un felice equilibrio tra i bisogni ed i mezzi di soddisfarli: ond'è che si conobbe fin dai primi tempi la loro utilità; e l'origine loro risale a quello delle prime società che fra gli uomini si stabilirono.

3. Non bastava per altro che questa utilità fos-

se riconosciuta, ma bisognava ancora stabilir regole positive perchè la forza e la mala fede non valessero a violare le convenzioni, perchè il dritto di coloro i quali le formassero potesse valutarsi e determinarsi; in somma bisognava porre le convenzioni sotto il patrocinio della società, e ciò appunto fecero i legislatori di tutti i popoli inciviliti.

4. I Romani massimamente si fecero con particolarità a determinar con accuratezza tuttociò che riguarda questo importante obbietto: le massime da essi stabilite per regolarlo sono numerose e feconde di conseguenze, e tranne talune sottigliezze che si sono loro apposte in certi punti, e che noi faremo in prosieguo osservare, non puossi che ammirare la sagacia, la rettitudine e l'equità che generalmente è di scorta a quei giureconsulti nelle loro sentenze su questo sterminato obbietto.

5. Nella materia delle convenzioni massimamente i compilatori del nostro Codice civile tolsero a modello il roman dritto: da quella legislazione attinsero le regole da essi stabilite a tale riguardo per ciascuna specie di contratto, modificandole nondimeno secondochè ne appariva l'utilità; ma prima d'indicare i canoni onde ciascun contratto doveva regolarsi, credettero di doverne stabilire generali per tutti i contratti o convenzioni; i quali canoni costituiscono la legge che siamo per ispiegare, ovvero il titolo *de' Contratti o delle Obbligazioni convenzionali in generale.*

6. Ben molte di queste regole si applicano pa-

rimenti, come si vedrà nel corso dell' esposizione della materia, ad obbligazioni diverse da quelle che nascono dai contratti o dalle convenzioni propriamente dette: a cagion di esempio, ciò che concerne l' estinzione delle obbligazioni, le pruove in generale, ec., si applica tanto alle obbligazioni nascenti dai quasi contratti, dai delitti e quasi delitti, quanto a quelle che nascono dai contratti o obblighi formati per mezzo di convenzioni.

7. Il dritto romano nel titolo *de obligationibus et actionibus*, nel digesto, offre similmente una riunione di regole generali, applicabili alla maggior parte de' contratti o altre sorgenti delle convenzioni; ma, oltre che questo titolo presenta molte disposizioni su casi particolari, i compilatori delle Pandette giustinianee, a differenza di quelli del nostro Codice civile, riunir non seppero in uno stesso quadro tuttociò che riguarda il modo con cui si formano le obbligazioni, le modalità cui possono essere soggette, i loro effetti generali, la loro estinzione, nonchè le pruove dell'esistenza e adempimento loro: tuttociò nel corpo del dritto romano vien trattato in titoli a parte, i quali non hanno, per dir così, legame alcuno fra essi.

8. Quest' ordine sì metodico e nel tempo stesso sì ragionevole, tenuto dai compilatori del nostro Codice, devesi in massima parte al dotto e giudizioso Pothier, il quale nel suo trattato *delle obligazioni*, opera assai a buon dritto tenuta in pregio, aveva indicato ai nostri legislatori un dise-

gno che essi accuratamente seguirono, facendovi nondimeno talune lievi modificazioni (1).

9. Questo titolo è adunque destinato alle convenzioni in generale.

Per *convenzioni* in dritto s' intendono gli obblighi che si formano col consenso di due o più persone le quali si fanno tra essi una legge di eseguire ciocchè si promettono, ciò sopra cui convengono, con la mira di vincolarsi, di obbligarsi: *Conventio est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, dice il giureconsulto Ulpiano nella l. 1, §. 8, ff. *de pactis.*

Esse hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte (art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*), essendo queste leggi di utile privato: per lor mezzo ci sottoponghiamo verso quelli coi quali contrattiamo, a dare, a fare o non fare una data cosa, ch' è l'oggetto della convenzione, e per la quale noi la formiamo.

Vi son pure convenzioni di utile generale, come i trattati di pace, di alleanza e di commercio (2); ma non dobbiamo occuparcene, essendo questa materia del dritto pubblico, e noi trattiamo solo del dritto privato.

---

(1) Per esempio, Pothier nella sua opera tratta *della fideiussione* e *della prescrizione* ad effetto di liberarsi, mentreche i compilatori del Codice destinarono titoli speciali a queste materie.

(2) *Conventionum autem tres sunt species: aut enim ex causa publica fiunt, aut ex privata: privata, aut legitima, aut juris gentium. Publica conventio est quæ fit per pacem, quotiens inter se duces belli quædam paciscantur*; l. 5, ff. *de pactis.*

10. Le convenzioni non comprendono soltanto i contratti, come la vendita, la locazione, la società, ec.; ma abbracciano pure tutti i patti particolari che si possono aggiungere ad ogni contratto, come le condizioni, i pesi, le riserve, le clausole risolutive ed altre: *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consensient qui inter se agunt*; l. 1, §. 3, ff. *de pactis.*

E comprendono similmente gli atti coi quali si sciolgono o si cangiono, per nuovo consenso, i contratti, i trattati o i patti che si erano da prima formati.

11. Siccome sono esse destinate a produrre obbligazioni, è mestieri a tal uopo che siano fatte e stabilite con questa mira, *animo contrahendæ obligationis.* Laonde, quantunque io *convenga* teco della verità di un fatto o della giustezza di una proposizione filosofica, non potrebbe nascere alcuna obbligazione per parte mia da un tale assenso: io posso liberamente negar dimani ciò per cui sono oggi di accordo.

12. Nettampoco bisogna confondere con le convenzioni di cui trattasi quelle che si fanno sovente nel commercio della vita, e che non hanno per oggetto di vincolare, di obbligar coloro i quali le fanno: come quando due o più persone convengano di recarsi insieme a teatro, o di fare insieme un viaggio, ec. Queste convenzioni racchiudono un'obbligazione di mera convenienza che circostanze particolari possono anche distruggere interamente. Soltan-

to, se una delle persone avesse fatto qualche spesa per l' altra, la quale non voglia o non possa mandare ad effetto il divisamento, ne dovrebbe essere ristorata da essa: ancora questa risoluzione dipende dalle circostanze del fatto, che possono variare all' infinito.

13. Neanche è una convenzione obbligatoria, nello spirito del dritto, quella che io faccia con mio figlio promettendogli un oriuolo, uno schioppo da caccia, se adempia bene ai suoi doveri, in ispecie se ottenga premii nella sua classe; imperocchè, quantunque siasi verificata la condizione preveduta, io non sono purtuttavolta che moralmente obbligato: non lo sono secondo le regole del dritto, giacchè è evidente di non aver inteso dare a mio figlio un' azione giudiziale contra di me per costringermi ad eseguire la mia promessa; non avendo fatto questa promessa *animo contrahendæ obligationis civilis*, ma soltanto per istabilire un obbligo morale tra mio figlio e me, obbligo che i soli doveri di famiglia e di convenienza mi costringono a rispettare, se purtuttavolta ancora circostanze particolari non me ne dispensino assolutamente.

14. Adunque per *convenzioni* conviene intendere quelle che hanno per oggetto di produrre obbligazioni, cioè un vincolo di dritto che ci astringe verso qualcuno o dargli o rilasciargli qualche cosa, ovvero a fare o ad astenerci di fare qualche cosa; imperocchè secondo i giureconsulti, *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringi-*

mur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura (Princ. instit. de oblig.) — Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum; l. 3, ff. *de obligat. et actionib.*

15. Da questa definizione segue che l'obbligazione non ha effetto contra i terzi, ma soltanto fra le parti o loro eredi o rappresentanti; l. 25, ff. *eodem tit.*, ed art. 1165 c. c. = *1118 ll. cc.*

16. Essendo l'obbligazione un vincolo di dritto, differisce in conseguenza dai semplici *doveri* che ci sono imposti verso i nostri simili dall'umanità e dalla carità, e la cui forza e sanzione trovansi nella religione, nella virtù e nella stima di noi stessi e de' nostri simili.

17. Le convenzioni non sono tuttavolta le sole cause *efficienti* delle obbligazioni propriamente dette: la sola legge in taluni casi, la sola equità in parecchi altri, un fatto illecito, talvolta pure una semplice negligenza, producono benanche tanti veri obblighi che possiamo esser costretti di adempiere, giusta le regole del dritto civile, come se vi fosse stata una convenzione espressa a tal riguardo.

18. Stante queste idee generali, si possono considerare le obbligazioni, e stabilirne divisioni in doppio aspetto:

1. Per riguardo alle loro cause *efficienti*;

2. Per riguardo alla natura loro ed alla forza del vincolo.

Possono pure modificarsi per moltiplici rappor-

ti, a seconda della convenzione delle parti e d' infinite particolari circostanze.

Talune nozioni generali e preliminari non saranno inutili allo sviluppamento di questa sterminata materia.

SEZIONE II

Prima divisione delle obbligazioni, ricavata dalle loro sorgenti o cause efficienti.

SOMMARIO.

19. *Le obbligazioni derivano da molte sorgenti o cause; ma non ispiegasi qui partitamente quel che concerne la causa delle convenzioni, facendosi ciò in appresso.*

20. *Per regola generale, esse nascono o da un fatto dell'uomo cui la legge attribuisce la forza obbligatoria, o dalla legge stessa, che le impone direttamente ai cittadini.*

21. *Nel primo ordine de' fatti dell'uomo che producono obbligazioni, sono i contratti: che intendasi per contratti.*

22. *I contratti sono di molte specie: si stabiliscono più lungi le loro diverse divisioni.*

23. *Dalle obbligazioni nascono puranche quasi contratti: che s' intenda per* quasi contratti.

24. *Molte specie di convenzioni derivano dalla sola autorità della legge: esempii.*

25. *Continuazione ed altri esempii.*

26. *Continuazione ed esempii di obbligazioni imposte dalla legge nell' utile generale.*

27. *Il Codice distingue le obbligazioni de'tutori da' quasi contratti: avvertenze su questa distinzione.*

28. *I delitti producono eziandio obbligazioni: che s' intenda per* delitti.

29. *Avvien lo stesso de' quasi delitti: che s'intenda per* quasi delitti. *Noi siamo anche talvolta risponsabili del fatto di un'altra persona.*

30. *Queste diverse obbligazioni nascono dal fatto che ha nociuto altrui.*

19. Le obbligazioni, abbiam noi detto, nascono da molte sorgenti, hanno cioè diverse cagioni. Noi non ci proponghiamo adesso di spiegare circostanziatamente le regole riguardanti la causa delle obbligazioni, ma lo faremo in prosieguo, nella sezione IV del capitolo II. Vogliamo soltanto dare qui un' idea generale de' fatti o circostanze che producono le convenzioni.

20. Puossi dire che le obbligazioni nascono, o da un fatto dell' uomo cui la legge attribuisce forza obbligatoria, o dalla sola legge che le impone direttamente ed immediatamente ai cittadini.

21. Nel prim' ordine dei fatti dell'uomo che producono obbligazioni, convien porre i *contratti*, e « il contratto è una convenzione colla quale una o « più persone si obbligano verso una o più perso- « ne a dare, a fare, o a non fare qualche cosa; « art. 1101 c. c. = *1055 ll. cc.* »

22. I contratti stessi sono di molte specie: stabiliremo in appresso le differenti divisioni che se ne possono fare, e qual sia la natura generale di ciascuna classe.

23. Talune obbligazioni nascono pure dai *quasi contratti*, i quali sono « i fatti puramente volon- « tarii dell'uomo, da'quali risulta una obbligazio- « ne qualunque verso un terzo, e talvolta una ob- « bligazione reciproca delle due parti; art. 1371 « c. c. = *1325 ll. cc.* » Tali sono il pagamento di una cosa che non era dovuta (art. 1376 c. c. = *1330 ll. cc.*), l'amministrazione degli affari

di un assente (art. 1372 c. c. = *1326 ll. cc.*).

Le obbligazioni che nascono da questi fatti hanno per fondamento l' *equità*, la quale non permette che uno si arricchisca a spese altrui, e sono esse confermate dalla legge, la quale ne ordina l'esecuzione come se vi fosse stata convenzione espressa a tal riguardo: siamo noi obbligati, come nei contratti, mediatamente pel fatto, ed immediatamente per la legge. Quindi chi abbia ricevuto ciocchè non eragli dovuto è obbligato a restituirlo: avvi altronde presunzione naturale e legale che ricevendo il pagamento abbia acconsentito a restituir la cosa pagata, se apparisse in prosieguo che essa non gli era dovuta; imperocchè non può ragionevolmente presumersi di volersi alcuno arricchire a spese altrui.

Vi è pure presunzione naturale e legale che colui gli affari del quale sono stati bene amministrati abbia acconsentito a fare indenne il gestore che abbia erogate spese nella sua gestione; attesochè ciascuno vien reputato di volere ciocchè può essergli utile e che è onesto, ed in conseguenza volere eziandio rendere indenne l' amico benefattore alle cui cure n'è debitore, secondo quella regola di ragione, *chi vuole il fine*, *vuole i mezzi.*

24. Parecchie specie di obbligazioni nascono dalla sola autorità della legge, nel senso che essa nè anche suppone un consenso in colui che si trova così obbligato, senza nondimeno escludere perciò

l' idea di questo consenso: la legge è quella che obbliga immediatamente.

Tali sono le obbligazioni fra proprietarii vicini, delle quali si trovano numerosi esempii nel titolo *delle servitù* ed in regolamenti particolari; tali sono pur quelle de' tutori ed altri amministratori, i quali non possono ricusare la funzione che loro è conferita; art. 1370 c. c. = *1324 ll. cc.*

25. Puossi eziandio annoverare in questa classe l'obbligazione di coloro i quali sono sottoposti gli uni verso gli altri a somministrarsi alimenti nei casi preveduti dalla legge: la causa remota e naturale di questa obbligazione è senza dubbio la parentela e l' affinità, ma la causa immediata è la legge, la quale le presta la forza ed autorità sua.

26. E nel medesimo ordine d' idee, ma per oggetti diversi, giacchè sono essi in più diretto modo d' utile generale, possonsi benanche riguardare come obbligazioni che nascono dalla sola autorità della legge, quelle le quali hanno per iscopo il pagamento delle imposizioni, il servizio militare, e tutti i pesi imposti con fine di utilità generale o comunale; ma nel Codice civile non trattasi di queste specie di obbligazioni, essendo esse l'oggetto di leggi speciali.

27. Il Codice distingue gli obblighi de' tutori dai quasi contratti i quali, secondo l' art. 1371 c. c. = *1325 ll. cc.*, sono « i fatti puramente volontarii « (1) dell' uomo, da quali risulta una obbligazio-

(1) Bisogna aggiungere la parola *leciti*, per completare la defi-

« ne qualunque verso un terzo, e talvolta un' ob-
« bligazione reciproca delle due parti », e non parla che di due quasi contratti soltanto: dell'amministrazione degli affari altrui senza mandato, e del pagamento fatto indebitamente.

Ma questa nuova distinzione, la quale sembrerebbe appartenere piuttosto alla dottrina che alla legge, poichè non produce alcuna differenza nei risultamenti, non è basata su motivi ben determinanti, e pecca per molti riguardi.

Primieramente se l'obbligo de' tutori di ben amministrare la tutela e di render conto della loro amministrazione, non deriva da un quasi contratto, giacchè è formata, dice il Codice, *involontariamente* da colui che non può ricusare la funzione che gli vien conferita; d'altra parte, quella del minore, di rendere indenne il tutore il quale abbia fatto spese nella sua amministrazione, è assolutamente basata su causa simile a quella del maggiore i cui affari sieno stati amministrati in sua assenza da un amico senza mandato, e quest' ultima, secondo il Codice stesso, nasce da un quasi contratto. Aggiungasi, riguardo anche a quella del tutore, che puossi naturalmente supporre di aver tacitamente acconsentito alla tutela, come una conseguenza de' doveri di famiglia e della società.

In secondo luogo, se le obbligazioni che nascono *da un fatto personale a chi si trova obbli-*

nizione e distinguere i quasi contratti dai delitti e quasi delitti, i quali producono pure obbligazioni verso la persona lesa.

gato risultano dai quasi contratti, come lo dice l' art. 1371 c. c. = *1325 ll. cc.*, ben troveremo in questo fatto l'obbligazione di colui il quale ha amministrato i miei affari, ma non vi troveremo la mia, che è di renderlo indenne, se abbia fatto spese nella sua amministrazione: or non solamente essa può essere correlativa alla prima, ma può anche esistere da sè sola, e nasce nommeno da un quasi contratto.

Dippiù il Codice non annovera fra i quasi contratti l'obbligo per l'erede di soddisfare i legati fatti dal defunto, e tuttavolta quest'obbligo non sorge da un contratto; perciocchè l'erede non *contratta*, propriamente parlando, coi legatarii, che spesso neanche conosce, ma il solo fatto della sua accettazione dell' eredità l'obbliga verso di essi.

In virtù benanche di un quasi contratto il comproprietario di una cosa è tenuto a rendere indenne il suo comproprietario delle spese utilmente fatte da costui sulla cosa comune, ed il Codice tace del pari sulla natura di questa obbligazione.

Del resto se nel capitolo I.° del titolo IV di questo libro, esso parla soltanto dell'amministrazione degli affari altrui senza mandato, e del pagamento fatto indebitamente, le sue disposizioni a tal riguardo sono semplicemente spiegative, e la dottrina supplisce al suo silenzio per riguardo alle altre specie di affari che furono sempre considerati come quasi contratti.

*

28. Moltissime obbligazioni nascono dai delitti (1), che sono tanti fatti illeciti coi quali una persona nuoce volontariamente altrui, e che l' obbligano alla riparazione, per quanto essa è possibile: tali sono il furto, la rapina ed altri fatti diretti contra l' altrui proprietà, o per impadronirsene, o soltanto col disegno di nuocere. Tali sono puranche le violenze commesse verso le persone, la calunnia, le ingiurie, ec. ec. Ma noi consideriamo qui questi fatti come cause efficienti delle obbligazioni, sol per riguardo degl' interessi meramente civili, della riparazione pecuniaria (art. 1582 c. c. = *1336 ll. cc.*), e non già sotto quello delle pene pronunziate dalla legge contra i loro autori, nell' interesse della vendetta pubblica.

29. Altre obbligazioni nascono dai quasi delitti, che son pure fatti illeciti i quali nuocono altrui, ma senza intenzione da parte de' loro autori, e soltanto per negligenza, imperizia o imprudenza, giacchè se fosse per dolo, sarebbe un delitto.

Si possono annoverare in questa classe le contravvenzioni ai regolamenti di polizia.

Le obbligazioni che nascono anche da un delitto commesso dalle persone di cui si è civilmente risponsabile, si reputano puranche di risultare in generale da un quasi delitto, per riguardo alla persona risponsabile.

30. Queste obbligazioni, al pari di quelle deri-

(1) E la parola *delitti* s' intende qui in modo generico, anche pei misfatti.

vanti da un delitto, non hanno per fondamento la presunzione di un consenso da parte dell' obbligato, come quelle che nascono dai quasi contratti, ma sono unicamente basate sul *fatto*: esse si formano *re ipsa*, lo che è una causa sufficiente (art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*), giacchè ragion vuole che colui il quale senza dritto e per colpa sua arreca danno altrui, sia tenuto a ripararlo.

SEZIONE III.

II.ª divisione delle obbligazioni, tratta dalla loro natura e dalla forza del vincolo.

SOMMARIO.

31. *Definizione dell' obbligazione secondo le Instituta, ma incompleta, in quanto che non comprende le obbligazioni naturali: divisione delle obbligazioni per dritto romano in naturali, civili e miste.*

32. *Questa distinzione, benchè meno importante nel nostro dritto che nel dritto romano, è nondimeno ancora utile a conservarsi.*

33. *In senso più angusto, le vere obbligazioni sono quelle di cui puossi richiedere in giudizio il pagamento.*

34. *Che s' intenda per obbligazioni naturali.*

35. *Loro effetti nel dritto romano.*

36. *Esse erano assai numerose in quella legislazione; ma appresso noi sono poco definite.*

37. *Puossi nondimeno farle derivare principalmente da due cagioni, o dalla qualità della persona obbligata, o dalla qualità della convenzione: esempio della prima specie.*

38. *Continuazione ed altri esempii.*

39. *Esempio della seconda specie.*

40. *Continuazione ed altro esempio.*

41. *Continuazione ed altri esempii.*

42. *Devesi mai riguardare come obbligazione naturale la grati-*

tudine imposta ad un beneficio ricevuto? Opinione di Vinnio e di Pothier.

43. *Qual' è l' obbligazione puramente civile, e quali sono i suoi effetti?*

44. *Le obbligazioni civili e naturali nel tempo stesso sono quelle che hanno una giusta causa, e generalmente il lor principio nella volontà libera e perfetta della persona obbligata.*

45. *Talvolta queste obbligazioni sono soltanto presunte, ma senza che possa impugnarsi la presunzione.*

31. Abbiamo detto che l' obbligazione nel linguaggio della giurisprudenza, *est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura*; ma, come giudiziosamente osserva Vinnio, questa definizione e le divisioni che ne trae poscia Triboniano nelle Instituta, non comprendono tutte le specie di obbligazioni conosciute in dritto: esse si applicano soltanto a quelle che producono un' azione ed un' azione efficace; mentre che le obbligazioni naturali, che non producono azione, ma hanno nondimeno altri effetti, sono benanche tante vere obbligazioni. E sono pure obbligazioni quelle che producono un' azione, ma contra la quale la legge per motivi di equità accorda all' obbligato diversi mezzi per dispensarsi dall' eseguirla; talmentechè è vero il dire di esservi obbligazioni semplicemente naturali, altre che sono semplicemente civili, ed altre infine, ed in maggior numero, le quali sono nel tempo stesso naturali e civili, e che per questa ragione si possono chiamare *miste* (1).

(1) *Hæc definitio* (quella dell' obbligazione secondo le Instituta di Giustiniano) *pertinet dumtaxat ad obligationes quæ actionem*

32. L'utilità di questa divisione è incontrastabile in dritto romano, secondo cui l'obbligazione naturale produce in generale gli effetti ordinarii, tranne l'azione; e secondo cui puranco l'obbligazione meramente civile è considerata come l'obbligazione mista, in quanto che produce un'azione, ma nondimeno un'azione che si può rendere inefficace per effetto di eccezione perentoria.

Essa è minore alcerto nel nostro dritto, ma pur tuttavolta è evidente; imperocchè, sebbene l'obbligazione naturale non produce appresso noi così potenti effetti che nel dritto romano, nondimeno ne produce ancora tanto estesi da esser considerata qual vera obbligazione, benchè diversa dalle ordinarie.

D'altra banda le obbligazioni semplicemente civili producono del pari un'azione in giudizio, come le obbligazioni naturali e civili nel tempo stesso, salvo che può dimandarsene l'annullamento nei casi e nei termini stabiliti dalla legge; art. 1117 e 1304 c. c. = *1071 e 1258 ll. cc.*

Laonde la divisione delle obbligazioni in naturali, civili e miste è ancora ben fondata nel nostro dritto; e se il Codice non ne parla espressa-

---

eamque efficacem jure civili producunt; et tamen illæ quoque quæ vel non producunt actionem vel eam producunt quæ exceptionem repelli potest, et suum quemdam usum et effecta jure civili habent, sunt etiam obligationes: cæterum, cum aliquando nos adstringat sola æquitas et ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate, obligatio in tres species dividitur, scilicet, in puram, naruralem, meram civilem, et mixtam. Vinnio AD INSTIT. *tit. de oblig.*

mente, la dottrina può a tal riguardo supplire al suo silenzio, e far risultare questa teorica dal combinare insieme le sue diverse disposizioni.

33. Del resto in senso più angusto le vere obbligazioni, quelle di cui s' intende parlare quando si adopera questa espressione senza alcuna giunta, sono le obbligazioni che hanno per fondamento l' equità e per sostegno la legge, la quale costringe ad eseguirle: *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest*; l. 108, ff. *de verb. signif.*—*Creditor est is qui exceptione perpetua removeri non potest*; l. 10, *eodem tit.*

34. L' obbligazione naturale è quella che deve adempirsi se l' obbligato segua le leggi della coscienza, ma a cui la legge civile, per particolari considerazioni, non ha annessa alcuna azione, benchè ne avesse approvato così l' adempimento, che vieta il ripetere ciò che fu volontariamente pagato in conseguenza di tale obbligazione; art. 1235 c. c. = 1188 *ll. cc.*

35. Nel dritto romano essa produceva gli effetti delle obbligazioni ordinarie, tranne che non dava alcuna azione giudiziale per richiederne l' adempimento. Così serviva di causa di compensazione, anche forzosa, con una obbligazione ordinaria (1); escludeva la ripetizione di ciò che erasi pagato anche per errore (2); poteva essere assicurata per mezzo di un fi-

(1) L. 6, ff. *de compens.*
(2) L. 10, ff. *de oblig. et act.*; l. 19, ff. *de condict. indeb.*

deiussore (1), garentita per mezzo di costituto (2), di pegno, d'ipoteca (3); poteva essere trasformata per via di novazione in una convenzione del tutto obbligatoria (4); in somma non di altro era priva che dell'azione giudiziaria.

36. Le obbligazioni naturali appo i Romani erano numerosissime: tali eran quelle che nascevano dalle convenzioni fatte tra il padre ed il figlio di famiglia o tra il padrone ed il suo schiavo. I semplici patti in generale non producevano tampoco che obbligazioni naturali, e ven' erano ancora in altri casi (5). Mentrechè, quantunque il nostro Codice riconosce l'esistenza di queste specie di obbligazioni, purtuttavolta non le definisce in alcun modo: nè tampoco si spiega sopra alcuna delle cagioni che possono produrle; lo che è forse una lacuna nella legge, lo che può almeno dar luogo a dubbii assai delicati in parecchi casi. Ma il magistrato, in questo silenzio della legge ha un potere discrezionale e prudenziale per va-

---

(1) §. 1, *Instit. de fidejus.*

(2) L. 1, §. *penult.*, ff. *de const. pecun.*

(3) L. 5, ff. *de pign.*

(4) L. 1, *princip.*, e §. 1, ff. *de novat.*

(5) Per esempio, se un pupillo, già dotato d'intelligenza, aveva contrattato senza l'autorizzazione del suo tutore; l. 127, *de verb. oblig.*; l. 1, *in fine de novat.*, l. 25, §. 1, ff. *quando dies legat. ced.*; o se uno schiavo aveva contrattato, l. 14, ff. *de oblig. et act.* l. 13, ff. *de condict. indebit.*; o se una donna, nubile o vedova, erasi obbligata per altrui, l. 16, § 1, ff. *ad senatuscons. vell.*; o infine se un figlio di famiglia avea preso ad imprestito danaro senza il consenso di suo padre; l. 9 *in fine*, ff. *ad senat. cons. macedon.* il liberto era puranche naturalmente obbligato verso il suo patrono a praticargli servigi officiosi; l. 26, §. 12, ff. *de cond. indebit.*

lutare, a seconda delle circostanze, le caratteristiche dell' obbligazione che si pretendesse di sussistere naturalmente; art. 4 c. c. = *4 ll. cc.* Discendendo nella sua coscienza, vi attingerà le regole del suo giudizio e s' ingannerà di rado togliendo a guida l' equità.

37. Si possono nondimeno far derivare appresso noi le obbligazioni naturali principalmente da due cagioni: o dalla qualità della persona obbligata, o dalla qualità della convenzione.

Appartiene alla prima classe l' obbligazione di un padre di alimentare il figlio da lui avuto fuori matrimonio, e che non abbia legalmente riconosciuto o che non abbia potuto legalmente riconoscere: questa obbligazione è la più sacra agli occhi della natura e dell' umanità.

Se il figlio fosse legalmente riconosciuto, l' obbligazione del padre non sarebbe soltanto naturale, ma naturale e civile nel tempo stesso, giacchè il figlio avrebbe un' azione giudiziale per ottenere alimenti se mai suo padre glieli negasse, secondo ciò che dicemmo nel tomo II, n.° 337 e segu., e tomo III, n.° 243.

38. Si possono benanche riferire a questa classe tutte le obbligazioni che hanno una giusta causa e che furono liberamente contratte da persone che le leggi, per motivi di utilità generale, hanno dichiarato incapaci di contrattare: tal' è l' obbligazione di una donna maritata non debitamente autorizzata;

quella di un prodigo (1) sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario; e contratta senza l' assistenza di questo consulente in un caso in cui era necessaria (2); quella di un interdetto consentita in un lucido intervallo; quella di un minore, avente già l' intelligenza abbastanza formata per la specie di negozio che ha fatto, quando sia nondimeno in un caso in cui, stante le circostanze della causa, ottener potesse dai tribunali di essere restituito in tutto o in parte contra la sua obbligazione: in tutti questi casi l' esecuzione volontaria, in tempo di capacità, osta a ripetere ciò che siasi pagato (art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*), pruova che l' obbligazione non era priva di ogni effetto, ed in conseguenza che veniva più o meno sostenuta dal dritto naturale.

39. Alla seconda classe puossi riferire l' obbligo per l' erede di soddisfare un legato fatto con un testamento irregolare (3), purchè nondimeno non

(1) L. 6, ff. *de verb. oblig.*

(2) Imperciocchè se l'assistenza del consulente non fosse necessaria, l' obbligazione sarebbe nel tempo stesso civile, e vincolerebbe pienamente l' obbligato.

(3) L. 2, Cod. *de fideicom.* Vinnio *ad Instit.*, *tit. de obligat.* Riguardavasi similmente nel dritto romano come obbligazione naturale quella di trasmettere un fedecommesso irregolarmente lasciato; medesima l. 2. L' erede il quale, in vece di fare la ritenuta della quarta falcidia sopra un legato, lo soddisfaceva volontariamente per intero, reputavasi di aver adempito un obbligo naturale, giacchè aveva più pienamente eseguita la volontà del defunto; l. *ult.*, Cod. *ad legem falcid.*

Che anzi nel caso in cui un testatore avesse istituito suo erede un marito, pregandolo di restituire l' eredità alla moglie, e lo avesse nel tempo medesimo autorizzato a prelevare sull' eredità una

ne risulti una deminuzione della riserva attribuita ai discendenti o agli ascendenti, giacchè questa riserva benanche è dovuta naturalmente. Del resto le circostanze particolari della causa, come la maggiore o minore importanza del legato per riguardo alle sostanze del defunto, i rapporti che univano quest' ultimo al legatario, i servizii che costui gli avesse renduti, la qualità ed il numero degli eredi, ec., possono influir molto sulle caratteristiche dell' obbligazione in simil caso.

40. Si può anche annoverare fra le obbligazioni naturali quella di un debitore a cui i suoi creditori abbiano fatto una rimessione di tanto per cento con un trattato concesso soltanto avuto riguardo alla sua posizione, e per salvare qualche cosa de' loro crediti: la parte rimessa è ancora dovuta naturalmente, talmentechè se il trattato abbia avuto luogo in giudizio, se sia un vero accordo, il fallito non può ottenere la sua riabilitazione se non giustificando di aver soddisfatto interamente tutte le somme da lui dovute in tempo del suo falli-

certa quantità (*si quis rogatus sit, percepta certa quantitate, uxori suæ, hereditatem restiture*), ed il marito avesse volontariamente restituita l' eredità senza fare alcuna ritenuta, i giureconsulti Ulpiano e Celso vedevano in questa restituzione integrale piuttosto l' adempimento di un obbligo naturale che una liberalità fatta dal marito alla moglie di ciò ch' era dallo stesso testatore autorizzato a ritenere, giacchè la probabile volontà del defunto era stata con questo mezzo più pienamente seguita. In conseguenza opinavano di non esservi luogo ad applicare le leggi riguardanti il divieto delle donazioni tra marito e moglie; l. 5, §. 15, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

mento in capitale, interessi e spese; art. 605 c. com. = *599 ll. ecc. com.*

Avviene in diverso modo della rimessione veramente volontaria fatta da un creditore al suo debitore: allora non avvi più *debito* anche naturalema soltanto il dovere della gratitudine pel debitore verso colui che lo ha beneficato.

41. Si devono parimenti riguardare come obbligazioni naturali tutte quelle che hanno avuto una giusta causa (a), ma contro le quali le leggi, per considerazioni di utile generale, o per motivi tratti da circostanze particolari, crearono eccezioni perentorie: tali sono quelle a cui puossi opporre una prescrizione, una perdita di dritto, una riduzione. Si possono anche senza timore annoverare in questa classe le rendite soppresse senza indennità dalle leggi della rivoluzione per motivo di vestigio feudale. Ne parleremo in appresso trattando della *causa* delle obbligazioni.

42. Vinnio classifica fra le obbligazioni naturali gli atti di beneficenza, i servigi prestati, allorchè abbiano qualche importanza. Colui che n'è stato l'oggetto, egli dice, è obbligato naturalmente verso il suo benefattore ad esprimergli la propria gratitudine ed a prestargli tutti i servigi di cui è capace allorchè ne troverà l'occasione, se voglia conservare la propria stima a quella de' suoi concit-

(a) Le stesse teoriche si sono adottate dalla G. Corte Civile di Napoli, 1.ª camera, colle decisioni dei 24 agosto 1835 nella causa tra la *Mensa Arcivescovile di Salerno* e *Campagna*, e de' 12 dicembre medesimo anno, 4.ª camera provvisoria, nella causa tra *Monetti* e *Monetti*, Trad.

tadini. Ma quel giureconsulto non annette del resto a simile obbligazione, la quale merita piuttosto il nome di semplice *dovere*, i potenti effetti che il dritto romano faceva generalmente produrre alle obbligazioni naturali, e che lo stesso nostro dritto vi attribuisce ancora, benchè in più ristretto modo.

Pothier (1) chiama *imperfetta* questa obbligazione, distinguendola dalla naturale « che, egli « dice, è puranche, quantunque in senso me- « no proprio una *obbligazione perfetta*; imper- « ciocchè essa dà, se non nel foro esterno, al- « meno nel foro interno, a colui verso il quale è « contratta, il dritto di richiederne l'adempi- « mento: in vece che l'obbligazione imperfetta « non conferisce questo dritto. Se il mio benefat- « tore avesse facoltà di richiedere da me che gli « prestassi, nella medesima occasione, gli stessi « servigii che egli mi ha prestati, io non avrei più ri- « cevuto da lui un beneficio, ma sarebbe questo « un vero commercio, ed i servizii che io gli ren- « dessi non sarebbero più da parte mia un atto « di gratitudine, essendo la gratitudine essenzial- « mente volontaria. All'opposto è un vero benefi- « cio che io gli conferisco a mia volta. »

Stante questa distinzione, Pothier dichiara più lungi (n.° 197) e con la sua solita ragionevolezza che se io abbia mancato di prestare al mio

(1) Trattato *delle obbligazioni*, art. preliminare.

benefattore un servizio che la gratitudine mi obbligava di prestargli, e mi dovesse egli una certa somma per la quale potrebbe oppormi la prescrizione, non lascerebbe di essere obbligato nel foro della coscienza a pagarmi, senza poter compensare cosa alcuna di ciò che ha sofferto dalla mia ingratitudine; nell' atto che se io fossi stato obbligato naturalmente verso di lui, siccome egli sarebbe in dritto nel foro interno, di richiedere ciocchè gli dovessi, potrebbe oppormi, nel foro della coscienza, la compensazione. « Per questo motivo, egli « dice, se io ho fatto una spesa di cento lire in una « bettola del luogo del mio domicilio, l' oste è « veramente mio creditore di questa somma, non « nel foro esterno (1), ma nel foro della coscien- « za; e se io avessi da mia banda un credito di « simil somma contro di lui, che fosse prescritto, « egli potrebbe, nel foro della coscienza, dispen- « sarsi dal pagarmelo, compensandolo con quello « che ha contra di me. »

Del resto i due giureconsulti son di accordo sugli effetti, e ciò che può esservi d' importante su questo punto, si è di conoscere se la gratitudine di un beneficio ricevuto, se servizii praticati possano essere una causa sufficiente di efficace obbligazione, senza che siensi adoperate le forme delle

---

(1) Lo sarebbe oggidì: i regolamenti e le ordinanze intorno a queste specie di debiti sono tacitamente abrogati dalla legge del 30 ventoso anno XII, sulla riunione in un Codice delle leggi che compongono il Codice civile.

donazioni. Ciò sarà da noi esaminato in appresso, trattando della *causa* delle obbligazioni. Vedremo purancho in prosieguo se appo noi le obbligazioni naturali possano servir di causa ad una novazione, ad una compensazione forzosa, se possa ripetersi il pagamento fattone, se mai debbasi distinguere a tal riguardo, ec., ec.

43. L'obbligazione civile soltanto è quella che produce un'azione, ma che l'equità non consente, e che la legge stessa permette d'impugnare, o per via di azione, o per via di eccezione.

Tali sono le obbligazioni contratte per violenza, per dolo, per errore, o che abbiano qualche altro vizio che ne distrugge l'effetto. Siccome queste obbligazioni non sono nulle di pieno dritto (art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.*), siccome bisogna farne pronunziar l'annullamento in giudizio, e nei termini stabiliti dalla legge (art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*), si riguardano per esistenti civilmente finchè non sieno distrutte.

44. Le obbligazioni civili e naturali nel tempo stesso sono quelle che hanno una giusta causa, e generalmente il lor principio nella libera e perfetta volontà della persona obbligata; che hanno quindi il loro fondamento nell'equità, e che la legge costringe di eseguire.

Tali sono quelle che nascono dai contratti legalmente formati, dai quasi contratti, dal danno che abbiam recato a qualcuno per fatto nostro e senza dritto.

45. Qualche volta queste obbligazioni sono soltanto presunte, ma senza che possa impugnarsi la presunzione. Tal' è l'obbligazione che risulta da una sentenza mal fondata e che abbia acquistata l'autorità di cosa giudicata: *nam res judicata pro veritate accipitur*; l. 56, ff. *de re judicata.*

Ma se avvi obbligo da una parte di ubbidire alla sentenza, vi è pur dall' altra obbligo naturale di non dimandarne l' esecuzione, o di restituire ciò che si fosse pagato per essersi eseguita; imperciocchè è contra la morale lo arricchirsi a spese altrui, anche con un mezzo somministrato dalla legge.

Ecco perchè chi fa uso del mezzo della prescrizione per dispensarsi da pagare ciocchè deve e ciocchè sa di dovere, fa un' azione che la legge in vero permette, ma che la morale riprova, ed a lui si applica quella massima della sana filosofia, *omne quod licet non honestum est.*

Del rimanente questa opposizione tra la legge e l' equità si giustifica facilmente, considerando che il vantaggio generale istituir fece la prescrizione, non meno che diè forza alla cosa giudicata; che le regole le quali servono di fondamento a questi mezzi di dritto sono giustissime in sè stesse, e che se la loro applicazione in taluni casi lede l' equità, la loro inosservanza sarebbe in mille altri un fonte d' ingiustizia e di soqquadro per le famiglie e per la società.

SEZIONE IV.

III.ª divisione delle obbligazioni, tratta dalle modalità da cui possono essere colpite, o dal loro obbietto, o da talune circostanze.

SOMMARIO.

46. *Risguardate circa alle modalità cui possono andar soggette, le obbligazioni son di molte specie.*
47. *Avvien lo stesso circa alle cose che ne possono costituir la materia.*
48. *Nonchè sotto il rapporto delle sieurtà del creditore.*
49. *Ed anche sotto quello dell' esecuzione.*
50. *Infine per riguardo al favore dovuto al credito.*

46. Si possono eziandio considerar le obbligazioni in aspetti diversi da quelli che abbiamo indicati.

Quindi *per riguardo alle modalità cui possono andar soggette*, alcune sono contratte sotto condizione, o sospensiva o risolutiva, altre lo sono puramente e semplicemente.

Alcune sono a termine per la loro esecuzione, altre debbono eseguirsi all' istante.

In talune il debitore ha la facoltà di pagare ad un terzo designato; in altre deve pagare al creditore o a chi lo rappresenta.

47. *Per riguardo all'oggetto dell'obbligazione*, alcune sono di dare o consegnare qualche cosa; altre di fare o di non fare qualche cosa.

Alcune consistono in dare o consegnare una determinata cosa; altre lasciano al debitore la facoltà di pagare, a fin di liberarsi, una cosa diversa

da quella ch'è la materia principale dell'obbligazione.

Alcune han per oggetto molte cose, pel pagamento di una delle quali il debitore, ora a sua scelta, ora a quella del creditore, opera la propria liberazione; mentrechè nelle altre non vi è questa alternativa.

Talvolta l'oggetto dell' obbligazione è una cosa la quale vien determinata sol dalla specie o dalla classe di cui fa parte.

Ora questa cosa è divisibile, ora è indivisibile.

48. ***Per riguardo alle sicurtà del creditore***, l'obbligazione è ora con privilegio, pegno, ipoteca o fideiussione;

O con clausola penale;

O è solidale tra i diversi debitori;

O può dar luogo all'arresto personale contro dell'obbligato: mentrechè negli altri casi è priva di siffatti vantaggi.

49. *Sotto **il** rapporto dell' esecuzione*: le obbligazioni producono talune volte esecuzione senza sentenza, ed altre volte la loro esecuzione forzosa non può aver luogo che in virtù di una sentenza.

50. Finalmente, *sotto il rapporto **del** favore dovuto **al** credito*, alcuni producono interesse di pieno dritto; altri non producono interesse se non in virtù di una citazione; altri soltanto in seguito di una dimanda giudiziale.

Alcuni producono privilegio o ipoteca di pieno dritto, mentrechè gli altri son privi di simili vantaggi.

Siffatte sommarie distinzioni bastano per ora: esse si svilupperanno successivamente.

SEZIONE V.

De' contratti in generale, e delle differenti divisioni che possono stabilirsene.

SOMMARIO.

51. *Definizione del contratto.*

52. *In che differiscono le semplici promesse dai contratti.*

53. *Nel nostro dritto esse non producono mai effetto, a differenza del dritto romano in cui ne producevano in taluni casi.*

54. *Ma non bisogna confondere una ricognizione di debito con una promessa.*

55. *Ogni contratto è una convenzione, ma ogni convenzione, sebbene avente civilmente effetto, non è un contratto, anche nel nostro dritto.*

56. *Tuttavolta non conosciamo la distinzione del dritto romano tra i patti ed i contratti.*

57. *Teorica del dritto romano per ciò che concerne le convenzioni, chiamate* patti, *le quali in generale non erano obbligatorie.*

58. *Continuazione.*

59. *Continuazione.*

60. *Continuazione.*

61. *Continuazione.*

62. *Continuazione.*

63. *Continuazione.*

64. *Vi son mai nel nostro dritto patti nel senso che si attribuiva a questa parola nel dritto romano? confutazione degli esempii dati da un autore per istabilire che noi abbiam puranche patti in taluni casi.*

65. *Divisione de' contratti in sinallagmatici ed unilaterali: quali sono i contratti bilaterali.*

66. *Secondo il giureconsulto Ulpiano, nella l. 19, ff.* de verb. signif., *a queste sole convenzioni converrebbe perfettamente il nome di* contratti.

67. *Un contratto sinallagmatico di sua natura non cessa di esser tale pel solo motivo che vien eseguito immediatamente da una delle*

parti; ma allora l' art. 1325 c. c. cessa di essere applicabile.

68. *I contratti sinallagmatici lo sono o perfettamente o imperfettamente.*

69. *Quali sieno i contratti unilaterali.*

70. *Il mutuo è di tal numero.*

71. *Il contratto di rendita vitalizia è ora contratto unilaterale, ora contratto sinallagmatico.*

72. *La donazione fatta senza peso è contratto unilaterale.*

73. *Quando sia fatta con pesi partecipa della natura de' contratti sinallogmatici.*

74. *Definizione de' contratti commutativi, secondo il Codice; e de' contratti aleatorii.*

75. *Ogni contratto sinallagmatico è nel medesimo tempo commutativo, ma ogni contratto commutativo non è sinallagmatico: gli uni e gli altri del resto sono a titolo oneroso.*

76. *I contratti commutativi consistono talune volte in un evento di guadagno o di perdita, e per tal motivo sono chiamati aleatorii.*

77. *L' evento di guadagno o di perdita può essere per ciascuna delle parti, o per una o molte tra esse soltanto; esempi, e confronto degli art. 1104 e 1964 c. c.*

78. *Divisione de' contratti in contratti di beneficenza ed in contratti a titolo oneroso; esempii de' contratti di beneficenza.*

79. *Esempii di contratti a titolo oneroso.*

80. *Le definizioni date dal Codice a tal riguardo non sono di una rigorosa esattezza.*

81. *I contratti si dividono puranche in contratti* reali, *che non possono formarsi che colla tradizione di una cosa, ed in contratti che possono formarsi col solo consenso.*

82. *La promessa di mutuare può tuttavia produrre effetti, quantunque non sia un contratto di mutuo.*

83. *Nei contratti che si formano col solo consenso, e pe' quali la legge ha stabilito certe formalità, è necessario, perchè vi sia contratto, che queste formalità sieno state osservate.*

84. *Anche nei contratti non solenni, come la vendita, la locazione, il contratto non è perfetto mediante il solo accordo sulla cosa e sul prezzo allorchè le parti convennero di stipularsene atto, con intenzione di sospendere il loro consenso sino alla perfezione dell' atto.*

85. *Ma la semplice dichiarazione di stipularsi atto non induce necessariamente l' intenzione delle parti o di una di esse, di sospendere il consenso sino alla compilazione e perfezione dell' atto.*

86. *Vie maggiormente è così quando avvi un atto in iscrittura privata esprimendo semplicemente che sarà stipulato atto autentico a richiesta di una delle parti.*

87. Quid *di un contratto verbale con accordo sulla cosa e sul prezzo, soprattutto qnando si tratti di una vendita d' immobili ? Dritto romano ed opinioni di Vinnio e di Pothier : riassunto.*

88. *Divisione de' contratti in solenni o autentici, ed in non solenni. Quali sieno i contratti solenni.*

89. *In generale i contratti non han bisogno di esser fatti in forma autentica, e gli atti son richiesti soltanto per la pruova della convenzione: questa pruova può somministrarsi diversamente che con atti.*

90. *Il Codice riconosce, al pari del dritto romano, che vi esistono contratti i quali non han ricevuto una particolare denominazione, ed altri che l' hanno ricevuta.*

91. *La distinzione non ha nel nostro dritto la medesima importanza che nell' antico dritto romano.*

92. *Essa nondimeno non è del tutto indifferente: dimostrazione.*

93. *Divisione o distribuzione generale di questo titolo del Codice*

51. Il contratto, abbiam detto, è una convenzione colla quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa; art. 1101 c. c. = *1055 ll. cc.*

Quindi perchè vi sia contratto è necessario che la persona o le persone che fanno la convenzione intendano di *obbligarsi* verso una o più altre, a dare, a fare, o a non fare qualche cosa. È d'uopo che la convenzione sia fatta *animo contrahendæ obligationis.*

52. E siccome non puossi concepire convenzione senza il concorso delle volontà di più persone, una delle quali promette, consente, s'impegna o si obbliga, e l'altra accetta la promessa, ne segue che le semplici offerte non ancora accettate, e che in

dritto si chiamano *pollicitazioni* (1), non producono alcuna obbligazione.

53. Il dritto romano rendeva nondimeno obbligatorie le pollicitazioni in due casi: 1.° allorchè un cittadino ne aveva fatto una alla sua città, che aveva avuto giusto motivo di fare, per esempio in considerazione di qualche magistratura municipale a lui conferita, *ob honorem*; e 2.° quando aveva cominciato a porre in esecuzione l'offerta che aveva fatto alla sua città.

Ma, come l'osserva Pothier (2), non devesi più porre in quistione se vi sieno pollicitazioni obbligatorie nel nostro dritto francese: l'ordinanza del 1731, art. 3, (la cui disposizione è riprodotta nell'art. 893 c. c. = *813 ll. cc.*) avendo dichiarato che non vi sarebbero più se non due modi di disporre de' proprii beni a titolo gratuito, la donazione tra vivi ed il testamento, e giusta le forme indicate a tal effetto, è chiaro che le pollicitazioni sono per lo stesso motivo assolutamente rigettate dalla nostra legislazione.

54. Non bisogna tuttavolta confondere colla pollicitazione la ricognizione che facesse una persona a vantaggio di un'altra, anche assente, *che deve a questa la tale somma.* Siffatta dichiarazione non è un contratto, ma soltanto la pruova di un' obbligazione già esistente, soprattutto se esprima la causa del debito; percui è dessa irrevocabile,

(1) *Pollicitatio est solius offerentis promissum*; l. 3. ff. *Pollicit.*
(2) *Delle obbligazioni*, n.° 4.

e non ha bisogno di essere accettata (art. 1331 c. c. = *1285 ll. cc.*) come ne farebbe d' uopo se fosse una donazione; art. 932 c. c. = *856. ll. cc.* Ma se non esprimesse la causa del debito, e vi fosse tra le parti controversia su tale oggetto, allora si eleverebbe la quistione se spetti a chi ha fatto la ricognizione il provare che sia effettivamente senza causa, oppure spetti a chi voglia ritrarne vantaggio il provare che la causa sussiste, quantunque non sia stata espressa, ed è questo un punto che discuteremo in appresso, parlando *della causa* delle obbligazioni.

55. Giusta l' art. 1101 c. c. = *1055 ll. cc.*, ogni contratto è dunque una convenzione; ma, in senso inverso, ogni convenzione, abbenchè avente civilmente effetto, non è un contratto, anche nel nostro dritto: per esempio, la rimessione convenzionale di un debito non è un contratto, poichè al contrario è l' estinzione di un contratto, o di un' altra specie di obbligazione.

La parola *convenzione*, come lo abbiamo detto più sopra, è un termine generico, il quale si applica ad ogni specie di negozio, o di clausola che le parti hanno in mira: *verbum conventionis ad omnia, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt;* l. 1. §. 1. ff. *de pactis.*

56. Ma i principii del dritto romano sulle differenti specie di convenzioni, e sulla distinzione tra i patti ed i contratti, non essendo fondati sul drit-

to naturale, non furono ammessi nel nostro dritto francese (1). Qualunque convenzione fatta nella mira di formare una vera obbligazione (a), e che riunisca altronde le condizioni richieste dalla legge sotto il rapporto della libertà del consenso, della capacità di chi fece la promessa, della cosa promessa e della causa di questa medesima promessa, è obbligatoria, e per lo stesso motivo merita appresso noi il nome di *contratto*.

Nel dritto romano al contrario si distinguevano accuratamente le diverse specie di convenzioni: alcune erano contratti, altre patti. I contratti erano obbligatorii, ed i patti generalmente non lo erano, nel senso che non producevano azione.

Gl' interpetri di quella legislazione definiscono comunemente il contratto, *conventio nomen habens a jure civili, vel causam* (2); e per conseguenza il patto era *conventio destituta nomine et causa (id est, datione vel facto) quæ obligationem civilem sua natura producere possit; vel nuda rei aut facti in futurum promissio* (3).

57. I fondatori del dritto romano non avean vo-

(1) Pothier, *delle obbligazioni*, n.° 3.

(a) I popoli settentrionali seguendo la semplicità naturale sbandirono, siccome osservano l' Eineccio (*Elem. jur. civ.*, §. 777, *nota* 7.) ed il Voet (*ad Pand. tit. de pact.* n.° 9.) la distinzione dei patti nudi e non nudi del dritto romano; ma il dritto Canonico fu però quello, che fece prevalere generalmente in tutta Europa siffatta semplicità naturale alle dottrine ed all' autorità del dritto romano, che aveano prese profonde radici. TRAD.

(2) L. 7. §§. 1 e *seguenti* ff. *de pactis*.

(3) Eineccio, *Elementa juris*, n.° 774 *e seguenti*.

luto che ogni convenzione fosse obbligatoria e producesse un' azione, ma soltanto quelle le quali erano fatte secondo una certa forma, che si chiamava *stipulatio*, e che consisteva in una interrogazione da parte del creditore, ed in una congrua risposta da parte del debitore; quelle puranche alle quali erasi dato un nome speciale, probabilmente a motivo del loro frequente uso, come la vendita, la locazione, la società ed il mandato; nonchè molte di quelle che si formavano colla tradizione della cosa o dell' oggetto, *re*, come il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno; ed infine tutte le convenzioni che non avevano una denominazione propria, ma che divenivano obbligatorie per l'esecuzione di una delle parti, e che si trovavano comprese nell' una o nell' altra di queste combinazioni: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

58. Finalmente anche i patti si dividevano in due classi; alcuni erano obbligatorii e producevano azione, gli altri non ne producevano.

Gl' interpetri chiamano i primi *pacta vestita*, gli altri *pacta nuda.*

Fra i primi, alcuni erano sostenuti dal dritto civile, che faceva lor produrre azione: tali erano i patti coi quali si prometteva una dote, senza stipulazione, qualcuni sugl' interessi, e, dopo la costituzione di Giustiniano (1), la donazione tra vivi promessa senza stipulazione.

(1) Legge 35, §. 5, Cod. *de donat.*

Altri venivan sostenuti dal dritto pretorio: tali erano il patto di costituto, la convenzione d' ipoteca, e quella di prestar giuramento sopra un punto litigioso.

Altri infine erano insiti ai contratti detti *bonæ fidei*, come il patto di ricompra, il patto commissorio. Essi si reputavano far parte del contratto, purchè vi fossero stati uniti incontinente, *non ex intervallo*. Per la loro esecuzione, si aveva l' azione generale del contratto.

59. I patti *nudi* poi non (a) producevano azione, ma in virtù del dritto pretorio producevano una eccezione, allorchè avevano per oggetto la rimessione di un debito; e siccome contenevano altronde una obbligazione naturale, producevano gli effetti di cui abbiamo più innanzi parlato (1).

60. I Romani del resto non negavano che i patti dovessero fedelmente eseguirsi; essi riguardavano anche come disonesto uomo colui che non voleva adempiere la sua promessa (2). Ma non avean vo-

(a) Il nostro Vico (*de const. Philologiae, pars posterior*) dice: *Ita ut* STIPULARI *fuerit vestire stipula, festuca: Unde conjicio poster* PACTA NUDA *ab jurisconsultis dicta esse, quæ stipulatione firmata non sunt; ad quod exemplum antiqui interpretes* PACTA VESTITA *dixere contraria.*

Francesco Connano (*comment.* 1. 9.) cercò anche di provare, che la dottrina dei giureconsulti romani di non doversi dare azione noi patti NUDI fosse uniforme al diritto di natura; ma tale speciosa di lui opinione fu confutata da *Grozio*, da *Pufendorfio*, da *Einneccio* (*jus nat: et gent* ; *lib.* di cap: 1 4.), e dal nostro *Antonio Genovesi* nella *Diceosina* (*lib. 2 cap. 74* §. 4.). Trad.

(1) N.° 35.

(2) *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, servare?* L. 1, ff. *de pactis*

luto far nascere un'azione *ex pactione nuda*; vollero piuttosto non annettere la sanzione alla promessa se non ne' contratti: *fidem sanxerunt in negotiorum contractibus*, dice Aulo Gellio, lib. 20, cap. 1. (1).

Se ne adducono molti motivi. Secondo taluni interpetri (2), i Romani avevan creduto che convenisse lasciare qualche cosa al pudore ed all'onestà de' cittadini, a fin di formare i costumi all'onore ed alla buona fede. Altri estimano che ciò fosse un effetto della politica de' patrizii, a fin di tenere il popolo nella dipendenza, obbligandolo di ricorrere alla stipulazione, di cui essi soli conoscevano la formola, come quella dell'azione che essa produceva.

Ci sembra più verisimile che i legislatori di Roma temettero che si elevassero molti dubbi e liti in occasione delle convenzioni: pensarono probabilmente che una semplice convenzione spessissimo non sarebbe che l'opera della leggerezza e della irriflessione; e perchè fosse obbligatoria e producesse un'azione giudiziale, richiesero che venisse rivestita di una formalità, alla cui esistenza attribuivano il segno certo che la parte aveva voluto da vero obbligarsi. Siffatta formalità era l'interrogazione da parte del creditore, e la congrua risposta del debitore, e produceva il contratto di stipulazione.

(1) *V.* Eineccio, *Elementa juris*, n.o 774, nota.
(2) *V.* Vinnio, Instit. tit. *de oblig. princip.*

61. Ma a questa regola avevan fatto numerose eccezioni. Tali eccezioni avevan per motivo la frequenza delle convenzioni di una certa specie, come la vendita, la locazione, per quali sarebbe stato d' impedimento il fare una doppia stipulazione, una per la cosa, l' altra pel prezzo, lo che avrebbe altronde attraversato queste negoziazioni in parecchi casi, attesochè la stipulazione non poteva aver luogo tra assenti, *sive per epistolas, sive per nuntium* (1), nè esser fatta o consentita da un sordo o da un muto (2). Mentrechè non richiedendo i contratti di vendita e di locazione che il solo consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, nulla impedisce ad un sordo o ad un muto di farli, o di farli per mezzo di lettere.

Altre eccezioni eran fondate sul motivo che la cosa la quale formava la materia della convenzione era data o consegnata per la formazione medesima del contratto, come nei quattro contratti *reali* che hanno una denominazione propria: il prestito di consumo *mutuum*, il prestito ad uso, *commodatum*, ed il deposito e il pegno.

62. E tutte le convenzioni che non avevano una denominazione propria, ma nelle quali una delle parti dava o faceva attualmente una cosa perchè l' altro ne desse o facesse una da sua parte, formavano puranche tante vere obbligazioni, abbenchè la formola della stipulazione non fosse stata os-

(1) §. 12. Instit. *de inutil. stipul.*
(2) *Ibid.* §. 7.

servata. Questa esecuzione appunto formava il *contratto*, il vincolo di dritto, che era la *causa efficiente* dell' obbligazione, la quale dava origine all'azione civile contra l' altra parte, per costringerla ad eseguire da sua banda la convenzione. Tali casi erano innumerabili; nondimeno venivam tutti compresi in queste quattro combinazioni o figure, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; l. 5. ff. *de præscript. verb. vel in fact. act.*

L'azione che era concessa in questi casi non prendeva una denominazione particolare per ciascuna specie di convenzione, come in quasi tutti i contratti i quali aveano ricevuto un nome particolare dal dritto civile, per esempio la compra vendita, la locazione condizione, che producevano l' azione *empti vel venditi, locati vel conducti*, secondo quella delle parti, del compratore o del venditore, del locatore o del conduttore, che procedeva; dessa era un' azione generale, detta *præscriptis verbis*, così chiamata perchè s' intentava giusta i termini della convenzione; *secundum id quod contrahentes habuere præscriptum et conventum;* e veniva anche chiamata *in factum*, perchè era conceputa e diretta giusta il racconto del fatto: *et dicitur etiam in factum, quia proprium nomen non habet; et adeo dicitur tantum formari et concipi ex narratione facti. Cujacio, lib. 27, quæst. Papin. ad legem* 8, ff. *de præscrit verb. et in factum act.*

Per esempio, se Tizio avesse dato il suo schiavo a Sempronio perchè costui gli desse il suo, era questa una permuta, *permutatio*. Non era una vendita, perchè non vi esistea prezzo in danaro. Ma siccome l' azione che aveva Tizio in tal caso per costringere Sempronio ad eseguire da sua parte la convenzione, o a pagare i danni ed interessi, non aveva ricevuto un nome speciale dal dritto civile (1), quest' azione era l' azione generale *præscriptis verbis*, colla quale Tizio concludeva contro Sempronio pe' suoi danni ed interessi. Poteva anche a sua scelta ripetere la cosa da lui consegnata, con un' altra azione, *condictione causa data, causa non secuta*: *quasi ob rem datam, re non secuta;* l. 5, §. 1. ff. *de præscript. verb.*

In tutti i casi in somma in cui una delle parti dava o faceva qualche cosa affinchè l' altra desse o facesse da sua banda, eravi *contratto*; e se la specie di convenzione intervenuta non aveva ricevuto una propria denominazione dal dritto civile, perchè non erasi rigorosamente nei termini di un contratto speciale, a motivo di talune circostanze particolari della convenzione, questa convenzione era un contratto *innominato*, *contractus innominatus*, dicono gl' interpetri.

63. Ma finchè in queste specie di convenzioni non aveva avuto ancor luogo l' esecuzione dal lato di alcuna delle parti, non eravi che un semplice

(1) Abbenchè questa specie di convenzione che aveva avuto luogo in tale ipotesi fosse chiamata *permutatio*.

patto, non obbligatorio. Così, *dabo ut des*, *faciam ut facias*, erano patti; ma subitochè si eseguiva, il patto diveniva contratto; l'esecuzione era la *causa efficiente* di questo contratto, e che produceva l'obbligazione civile e l'azione.

Appunto per tal ragione i dottori definiscono il contratto, *conventio nomen habens a jure civili, vel causam*, applicando questa parola *causam* principalmente alle convenzioni comprese nelle quattro combinazioni o figure, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*; imperocchè, come dice il giureconsulto Ulpiano nella l. 4, ff. *de præscript. verb.*, non fu possibile di dare un nome particolare a ciascuna specie di convenzione o di negoziazione che può presentarsi, poichè le circostanze variano all'infinito: *natura enim conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.*

64. Tutte siffatte distinzioni, da noi concisamente esposte per quanto ci fu possibile, e che nulladimeno non credemmo di dover passare sotto silenzio in un'opera di dottrina, sono la più parte estranee al nostro dritto. Noi non conosciamo i patti come patti; questa voce, nel linguaggio del dritto francese, è sinonima di contratto.

Toullier, tomo VI n.° 16, dice (a) che vi sono

(a) Spinnael, avvocato in Brusselles, nelle *Annotazioni critiche al Toullier* avverte, che questo autore perdè di vista la distinzione che altrove avea precedentemente stabilita, di *mancanza di vincolo e mancanza di pruova*. Trad.

nondimeno patti in taluni casi appo noi; che la donazione la quale non fu accettata espressamente è un patto, attesochè la volontaria esecuzione che ne fa il donante gl' impedisce di ritrattare l'atto e di ripetere ciocchè abbia consegnato.

Primieramente quando anche fosse assolutamente vero che il donante non potrebbe ripetere la cosa data, ciò non proverebbe che l'atto di cui si tratta sia un patto, ugualmente che l'esecuzione volontaria di qualunque altro atto nullo non proverebbe che questo atto sia puranche un patto nel senso che le leggi romane attribuivano a tale parola. Ma neanche è esatto il dire in modo assoluto che l'esecuzione per parte di chi fece una donazione non accettata espressamente, o nulla per qualunque altro vizio di forma, confermi la donazione, e lo renda inammessibile a procedere per la ripetizione: non è ciò vero nelle donazioni d'immobili nulle per questa causa; e lo stesso Toullier, nel tomo V della sua opera, n.o 189, in nota, riferisce, approvandolo, un arresto di cassazione del 16 giugno 1821, che giudicò il contrario, attesochè non potendo alcun atto confermativo da parte del donante confermare una tale donazione, l'esecuzione volontaria, la quale non è anch'essa che una conferma, non lo può di vantaggio (1).

Inconsideratamente ancora lo stesso autore dice che sia puranche un patto allorchè una delle parti

(1) *V.* nel nostro tomo VIII, n.° 589, ove riferiamo puranche tale arresto.

ha eseguito l' atto contenente convenzioni sinallagmatiche il quale non fu fatto in tanti originali quante erano le parti aventi un interesse distinto; che questo caso è simile al *patto* il quale si formava nelle regole del dritto romano coll' esecuzione che una delle parti dava alla convenzione *do ut des*, *do ut facias*. Tuttociò è oltremodo inesatto. Primieramente la convenzione *do ut des*, ec.; non era un *patto*, ma un contratto, *contractus innominatus*. In secondo luogo, chi aveva eseguito non l' aveva fatto per obbligarsi, ma per obbligar l' altra parte, ed acquistar contro di essa un' azione; in guisa che prima dell' esecuzione da parte di quest' ultima, poteva dimandare, colla condizione *ob pœnitentiam*, la cosa che aveva dato (*V.* i Professori di Lovanio, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *de præscriptis verbis*). Or precisamente è tutto al contrario nel caso dell' art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.*: chi ha eseguito la convenzione non può trar più argomento dalla mancanza di doppio originale, e non avvi per ciò un' azione efficace contra l' altra parte per ragione di questo atto.

Il caso che forse avrebbe maggiore affinità col patto del dritto romano, è quello del giuoco o della scommessa, pe' quali il Codice, in generale, neanche dà azione (art. 1965 c. c. = *1837 ll. cc.*), e nega similmente la ripetizione di quanto fu volontariamente pagato, ammenochè non vi sia stato da parte del vincitore dolo, soperchieria o frode; art. 1967 c. c. = *1839 ll. cc.* Ma indipen-

dentemente da che il Codice stesso chiama *contratti* il giuoco e la scommessa (art. 1964 c. c. = *1836 ll. cc.*), non bisogna conchiudere dall' opporsi che esso fa alla ripetizione di quanto sia stato volontariamente pagato, che la convenzione sul giuoco e sulla scommessa sia un patto nel senso delle leggi romane ; ciò è sì poco vero, che , secondo queste leggi , potevasi dimandare quanto era stato pagato in esecuzione della convenzione del giuoco, ed anche per cinquant' anni ; l. 1 , 2 e 3 , Cod. *de aleatorib.* ; mentre quel che erasi pagato in esecuzione di un patto non andava soggetto a ripetizione. Vedremo in appresso perchè il giuoco , in generale, non dia azione , e perchè puranche chi ha pagato volontariamente un debito di giuoco non possa ripetere. Ma non bisogna desumerne che la convenzione sul giuoco sia un patto nel senso che il dritto romano attribuiva a questa parola.

Indubitatamente diciamo *patto di ricompra*, ma è desso una parte integrante del contratto di vendita, come se si dicesse la *clausola* o facolta di ricompra.

65. Sotto il rapporto delle obbligazioni che producono, i contratti sono di molte specie. Alcuni sono obbligatorii da una parte e dall' altra , e gli altri nol sono che da un lato solo; i primi son chiamati sinallagmatici o bilaterali , gli ultimi unilaterali.

Secondo il Codice , il contratto è *sinallagmatico* o *bilaterale* quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri ; art. 1102 c. c. = *1056 ll. cc.*

Tali sono i contratti di vendita, di permuta, di locazione, di società e tutti quelli che non hanno una particolare denominazione, ma ne' quali ciascuna delle parti si sottopone a dare o a fare qualche cosa ch' è l'equivalente o considerato da essa come l'equivalente di ciocchè l'altra si obbliga di dare o di fare per essa; per conseguenza, ogni contratto perfettamente sinallagmatico è contratto commutativo, o interessato da una parte e dall'altra, e per lo stesso motivo a titolo onoroso.

66. Il giureconsulto Ulpiano, nella l. 19, ff. *de verb. signif.*, non dà pure il nome di contratto che alle sole obbligazioni sinallagmatiche: *contractum autem ultro citroque obligationem parere*: *veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem* . . . Sotto tale aspetto le obbligazioni unilaterali non sarebbero contratti; e ciò fece dire ad Alciato che la stipulazione de' Romani e la donazione erano semplicemente *atti*, parola la cui significazione è molto più estesa.

Per effetto anche di siffatta interpetrazione, adottata poscia da differenti autori, si disse nel Consiglio di Stato, al tempo della discussione della legge sulle *donazioni e sui testamenti* (1), che *la donazione non è un contratto*, *attesochè*, si diceva, *essa non produce obbligazione scambievole*; che è un atto, la quale denominazione gli fu effettivamente data dall'art. 894 c. c. = *814 ll. cc.*, in vece di

(1) *V.* quanto dicemmo a tal riguardo, tomo VIII, n. 13 e seguenti.

quella di *contratto*, che conteneva il progetto di legge. Siffatta osservazione non aveva del resto alcuna consistenza, poichè si erano per chiamare ugualmente col nome di *contratti* obbligazioni puramente unilaterali (art. 1103 c. c. = *1057 ll. cc.*), e di più che la donazione può esser fatta con pesi, e lo è anche sovente (1). Le stesse leggi romane davano altronde il nome di *contratto* alla stipulazione e alla donazione; l. 1, §. 4, ff. *de verb. oblig.*; l. 7, Cod. *de his quæ metus causa;* e §. *ult. Instit. de oblig.*

67. Del resto un contratto sinallagmatico di sua natura non cessa di esser tale pel solo motivo che una delle parti l' esegua immediatamente: come nella vendita, se il venditore dia all' istante l' oggetto venduto, o se il compratore ne paghi immantinente il prezzo. Soltanto in tai casi l' art. 1325 c. c = *1279 ll. cc.* cesserebbe di essere applicabile, perchè non dichiarando validi gli atti in iscrittura privata che contengono convenzioni sinallagmatiche, se non quando sieno stati fatti in tanti originali quante sono le parti aventi un interesse distinto, questo articolo ebbe in mira le convenzioni che impongono a ciascuna delle parti obbligazioni da adempiersi in avvenire. In vece che nella vendita eseguita immediatamente dal venditore o dal compratore, non è

---

(1) Finchè la volontà di donare, espressa coll' atto, non sia ancora regolarmente accettata, non è dessa in realtà che un *atto;* come la procura non ancora accettata è del pari un semplice atto, il quale addiviene contratto di mandato coll' accettazione.

necessario un titolo contro chi eseguisce, poichè non ha più cosa alcuna a fare o a dare; basta che ve ne sia uno per costringere l' altra parte ad eseguire dal suo lato la convenzione.

68. Pothier divide con ragione i contratti sinallagmatici, in sinallagmatici perfetti, ed in sinallagmatici imperfetti.

I primi, egli dice, sono quelli nei quali le diverse parti rimangono obbligate reciprocamente sin da principio, e contraggono così le une verso le altre obbligazioni principali e dirette; in modo che ciascuno di esse, per la natura del contratto, ha azione contro l'altra: come la vendita, la locazione, in cui ciascuno de' contraenti ha col fatto medesimo del contratto un'azione contra l'altro per obbligarlo ad eseguirla.

I contratti imperfettamente sinallagmatici sono quelli nei quali una delle parti è obbligata immediatamente, e l'altra nol diviene che *ex post facto, ex accidenti*, e può per conseguenza non esserlo del tutto; è dessa un' obbligazione incidente. Per esempio, nel deposito (1) e nel comodato, il depositario ed il comodatario sono obbligati col solo fatto del contratto a restituire la cosa depositata o comodata; mentrechè non hanno azione contra il deponente o il comodante, se non per le spese

(1) Vero è che vigente il Codice il deposito non è essenzialmente gratuito, ed il depositario può stipulare un salario; art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.* Se abbia avuto ciò luogo, allora il contratto è veramente sinallagmatico. Ma ciò è contro la natura di tal contratto.

che fecero per la conservazione della cosa (1). Quest' azione neanche deriva dal contratto, ma dal fatto delle spese; essa nasce soltanto in occasione del contratto: gl' interpetri del dritto romano la chiamano *actio contraria depositi, vel commodati*, per opposizione all'azione *directa*, che appartiene al deponente o al comodante.

Possonsi puranche annoverare in questa classe il mandato (2) ed il pegno.

69. I contratti *unilaterali* sono quelli coi quali una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione (art. 1103 c. c.=*1057 ll.cc.*) : come la promessa di pagare una data cosa o una data somma, fatta o con biglietto o con atto autentico, quando altronde non devesi dare o fare cosa alcuna dal creditore.

---

(1) Il depositario tuttavolta ha pure azione per esser fatto indenne delle perdite che il deposito gli ha cagionato (art. 1947 c. c. = *1819 ll. cc.*); ed il comodatario avrebbe ugualmente azione se la cosa comodata avesse difetti occulti che gli recarono pregiudizio, se il comodante li conosceva e non ne lo avesse avvertito ; art. 1891 c. c. = *1763 ll. cc.*

(2) Se, come lo permette il Codice (art. 1986 c. c. =*1858 ll. cc.*, il mandatario abbia *stipulato* un salario, allora il contratto è sinallagamtico. Secondo le regole del dritto romano, sarebbe stato una locazione di opera, se il salario fosse stato in danaro (§. 13 Instit. *de mandato*), e si fosse altronde trattato di un fatto che poteva essere la materia di un contratto di locazione ; ed un contratto *innominato*, se il salario convenuto fosse stato una cosa diversa dal danaro, o se la cosa da farsi non fosse stata di alcun interesse estimabile con danaro per chi aveva dato la commissione; l. 5, §. 2, ff. *de praescript. verbis.*

70. Il mutuo è puranche un contratto unilaterale (1), poco importa che la sezione 2 del capitolo 2 del titolo *del prestito*, sia intitolata *delle obbligazioni del mutuante*, le quali obbligazioni consistono ad essere risponsabile de' vizii della cosa che possono cagionar danno al mutuatario, se il mutuante gli abbia conosciuti e non ne abbia avvertito il mutuatario (art. 1898 c. c. = *1770 ll. cc.*), e che consistono ancora a non poter dimandare la cosa mutuata prima del termine convenuto (art. 1899 c. c. = *1771 ll. cc.*); giacchè circa a quest' ultimo punto, non è realmente una obbligazione, ma soltanto *la mancanza di un dritto*, del dritto di poter ridomandare più presto la restituzione delle cose mutuate; e circa ai vizii di queste cose, la risponsabilità del mutuante, se siavi luogo, non nasce dal contratto di mutuo, ma dal suo dolo: è una cosa interamente estrinseca. Poco importa puranche che il mutante sia tenuto di garentire al mutuatario la proprietà delle cose mutuate, giacchè non altro risulterebbe da una tale obbligazione, nel caso in cui quest' ultimo fosse evinto, se non l' estinzione del mutuo. Quindi devesi riguardare il contratto di mutuo come unilaterale di sua natura.

71. Il contratto di rendita vitalizia o costituita in perpetuo è eziandio, in molti casi, un contratto unilaterale; ma allorchè la rendita sia costituita per

---

(1) Pothier, *delle obbligazioni*, n. 9, annovera eziandio il *prestito di danaro* fra i contratti unilaterali, e probabilmente intende con ciò il mutuo in generale.

prezzo di cose di cui il debitore può essere evinto, specialmente per un immobile, siccome allora il creditore è tenuto alla garantia verso il debitore, è vero il dire che avvi obbligazione da una parte e dall' altra, ed in conseguenza che il contratto è sinallagmatico.

72. Una donazione fatta senza pesi è un contratto unilaterale, poco importa che il donatario possa esser privato del beneficio se ricusi gli alimenti al donante caduto nell' indigenza; imperocchè non è legalmente obbligato col contratto di somministrargliene; soltanto è punito colla privazione del beneficio, se non gliene somministri.

73. Ma quando la donazione sia fatta con pesi, allora partecipa della natura del contratto sinallagmatico, perchè, come precedentemente (1) il dimostrammo, il donatario è civilmente obbligato ad eseguire i pesi; egli non può dispensarsene, anche abbandonando le cose donate, ammenochè non risulti dai termini del contratto che gli sia stata riservata tal facoltà. Avvi liberalità per ciocchè eccede l' equivalente de' pesi, e contratto interessato per lo di più; è *donatio cum negotio mixta*, dice la legge 18, ff. *de donationibus*; è un contratto *misto*, osserva Pothier (2), in quanto partecipa della natura de' contratti che quel giureconsulto chiama *interessati* da una parte e dall' altra, e de' contratti di beneficenza.

(1) Tomo VIII, n.i 16, 17, 444 e 544.

(2) *Delle obbligazioni*, n.° 12.

E Pothier dà con ragione simile qualificazione a tutti i contratti coi quali quella delle parti che conferisce un beneficio all' altra richiede da essa qualche cosa al di sotto del valore di ciocchè le dà.

74. Il Codice dopo di aver stabilito la divisione de' contratti in sinallagmatici o bilaterali ed in contratti unilaterali, dà quindi una definizione del contratto che chiama *commutativo*, e che definisce così: « Il contratto è commutativo, quando ciascuna delle parti si obbliga a dare o a fare una « cosa che si riguarda come l' equivalente di ciò « che le si dà, o di ciò che si fa per essa.

« Quando l' equivalente consiste nell' avventurare tanto da una parte che dall' altra il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto, « il contratto è aleatorio ; art. 1104 c. c. = *1058* « *ll. cc.* »

Tali sono il giuoco e la scommessa, il contratto di rendita vitalizia, il contratto di assicurazione ed il prestito a tutto rischio.

Puossi ancora riguardare come aleatoria la vendita di un dritto ereditario, a cagion de' debiti cui è tenuto il compratore ; quella di un getto di rete, il prodotto sperabile dalla tale impresa, la vendita de' frutti che produrrà il tal fondo nella tale annata (1), ed altri simili contratti.

75. La prima parte di questa definizione appartiene molto a quella del contratto sinallagmatico,

(1) Faremo del resto qualche osservazione sopra questa vendita, quando parleremo dalla materia de' contratti.

giacchè certamente non avvi un sol contratto perfettamente sinallagmatico che non sia nel medesimo tempo commutativo, poichè ciascuna delle obbligazioni che vi si trova contenuta è similmente l'equivalente o reputata l'equivalente dell'altra obbligazione. Ma avvi nondimeno questa differenza che, *vice versa*, ogni contratto commutativo non è necessariamente sinallagmatico: per esempio, il mutuo ad interesse è un contratto commutativo, poichè uno dà il godimento del suo danaro, e l'altro paga tale godimento, lo che è una permuta di vantaggi; ma questo contratto non è perciò sinallagmatico; giacchè il solo mutuatario è obbligato: il contratto non produce azione che contra di lui.

Quindi considerando meno le obbligazioni che nascono dai contratti commutativi, che le cause le quali le producono, non troveremo differenza tra essi ed i contratti sinallagmatici. Ma allorchè guarderemo gli effetti, le obbligazioni che devonsi soddisfare, distingueremo questi contratti gli uni dagli altri, perchè in taluni casi, del resto molto rari, i primi non producono obbligazioni reciproche, ma soltanto da un lato; mentrechè ogni contratto sinallagmatico perfetto produce, di sua natura, impegni ed obbligazioni reciproche, e per conseguenza azioni da ambedue le parti. Sotto tal rapporto possonsi giustificare le diverse denominazioni di cui si è servito il Codice per qualificarli. Questi contratti sono del resto tutti interessati da una parte e dall'altra, tutti a titolo oneroso.

76. Riguardo ai contratti *aleatori*, il Codice nell'art. 1104 c. c. = *1058 ll. cc.* sembra opporli ai contratti commutativi, e far così degli uni e degli altri una divisione principale. Pothier (n.º 15) par che abbia dato luogo a questa inesatta divisione, dicendo che « i contratti interessati da una parte « e dall'altra si suddividono in contratti commuta- « tivi ed in contratti aleatorii.» Nondimeno è evidente che il contratto aleatorio è sempre commutativo, sebbene ogni contratto commutativo non sia aleatorio. La sola differenza che v' ha, come l' osservò benissimo Delvincourt, è che nei contratti commutativi v' è qualche cosa d' effettivo dato o fatto da ciascun lato; mentrechè non altro essendo l' oggetto del contratto aleatorio che un evento, una speranza, questo evento, questa speranza può ridursi a ben poco, ed anche talune volte a nulla. Ma essendo simile evento qualche cosa di vantaggioso nel momento del contratto, ed essendo dato in contraccambio di ciocchè si riceve o devesi ricevere, fa che il contratto sia effettivamente commutativo.

Non convien dunque, al pari di Pothier, dividere i contratti interessati da ambedue le parti in contratti commutativi ed in contratti aleatorii; nè, come il Codice, opporre questi a quelli, ma bisogna dir semplicemente: i contratti interessati da ambedue le parti, o commutativi (giacchè queste espressioni sono sinonime) han qualche volta per oggetto una semplice speranza, sia per una o più

delle parti soltanto, sia per tutte reciprocamente, ed allora il contratto è aleatorio: una di esse dà o fa qualche cosa per l'altra, la quale da sua banda paga, per lo rischio che corre, ciocchè si fa per essa o ciocchè le si dà; ed essendone tal rischio l'equivalente secondo la loro volontà, ciò basta perchè il contratto sia effettivamente commutativo, o interessato da ambedue le parti. In guisachè è la medesima specie di contratti nella loro causa, quantunque possano differire negli effetti.

77. E, come lo abbiamo detto, l'evento del guadagno o della perdita può essere tanto per una o più delle parti solamente, quanto per ciascuna di esse. È questa la definizione data dall'art. 1964 c. c. = *1836 ll. cc.* de' contratti aleatorii, e che completa quella dell'art. 1104 c. c. = *1058 ll. cc.*, giusta il quale sembrerebbe che l'evento del guadagno o della perdita debb' essere per *ciascuna delle parti.*

In fatti nel contratto di assicurazione, per esempio, avvi evento di guadagno o di perdita per l'assicuratore, giacchè l'avvenimento è quello che gli renderà il contratto utile o svantaggioso; ma non iscorgiamo che vi sia evento di guadagno per l'assicurato, poichè non può aver nulla al di là dell'estimazione della cosa assicurata; nè similmente che vi sia rischio di perdita per lui, poichè il premio che si obbliga di pagare dev' esserlo in qualunque evento; egli vuol soltanto evitare il pericolo di perdere il valore della sua cosa, ed al-

l'oggetto fa immantinente un sacrifizio che non è soggetto ad evento alcuno.

Al contrario nel giuoco e nella scommessa avvi effettivamente rischio di guadagno e di perdita per ciascuna delle parti, poichè ciascuna di esse può perdere o guadagnare.

Avvien lo stesso nel contratto di rendita vitalizia. Il creditore può ritrarre, stante la lunga durata della prestazione della rendita, annualità arretrate che eccederanno il valore della cosa data da sua parte, colle rendite di questa medesima cosa per tutto quel tempo; come è possibile che non introiti se non pochissime annualità arretrate per una cosa di assai maggior valore. Puossi dire altrettanto, *vice versa*, riguardo al debitore della rendita: può egli pagare per lunghissimo tempo tale rendita, e sborsare al di là del valore della cosa da lui ricevuta, compresevi le sue rendite; come pure può sborsar molto di meno, per l'estinzione prematura della rendita.

78. Un'altra divisione de' contratti, secondo il Codice, è in contratti di beneficenza ed in contratti a titolo oneroso: essa deriva principalmente dai motivi del contratto.

Secondo l'art. 1105 c. c. = *1059 ll. cc.*, « il « contratto di beneficenza è quello in cui una del- « le parti procura all'altra un vantaggio mera- « mente gratuito. » Tali sono le donazioni tra vivi, i contratti di prestito ad uso e di prestito di consumo senza interesse, il deposito, il mandato

senza salario, ed altre convenzioni nelle quali una sola delle parti ha un vantaggio, e le quali ebber luogo soltanto colla mira di procurargliele.

79. E, giusta l'art. 1106 c. c. = *1060 ll. cc.*, « il contratto a titolo oneroso è quello che sog- « getta ciascuna delle parti a dare o a fare qual- « che cosa, » come la vendita, la locazione, la permuta, ec. ec.

80. Queste definizioni del resto non sono rigorosamente esatte. Primieramente la donazione che fosse fatta con qualche peso non cesserebbe per ciò di essere un contratto di beneficenza, abbenchè in tal modo il vantaggio procurato ad una delle parti non fosse *meramente gratuito*.

In secondo luogo neanche è esatto il dire, come fa il Codice, che il contratto a titolo oneroso è quello che soggetta ciascuna delle parti *a dare o a fare qualche cosa*, giacchè questa definizione, la quale nel merito è assolutamente la stessa di quella che si dà al contratto sinallagmatico ed al contratto commutativo negli art. 1102 e 1104 c. c. = *1056 e 1058 ll. cc.*, non conviene precisamente al contratto a titolo oneroso, poichè il mutuo ad interesse è un contratto di questa specie, e tuttavolta non assoggetta ciascuna delle parti, ma soltanto il mutuatario, a dare o a fare qualche cosa: or secondo le regole di una buona logica, ogni definizione deve convenire *soli definito et omni definito.*

Un' altra divisione de' contratti dal Codice non

sancita testualmente, è vero, come le precedenti, ma che risulta nondimeno dal complesso delle sue disposizioni, e che la dottrina altronde sempre ammise perchè risulta dalla natura medesima delle cose (1), è in contratti *reali* ed in contratti *consensuali.*

Questi, come la vendita, la locazione, la società, il mandato, e qualche altro nella nostra legislazione (2), non han bisogno per la loro formazione che del solo consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo o sulla natura della convenzione, ed appunto per tal ragione vengon chiamati *consensuali*; mentrechè quelli, come il prestito ad uso, il prestito di consumo, il deposito ed il pegno, richiedono per la loro perfezione che intervenga, oltre il consenso, necessario a tutti i contratti, la consegnazione, il rilascio o tradizione qualunque di una cosa che è l'oggetto stesso della convenzione. Laonde tutti gli articoli del Codice che li definiscono esprimono questa consegnazione o tradizione; art. 1875, 1892, 1915, 2071 e 2076 c. c. = *1747, 1764, 1787, 1941 e 1946 ll. cc.*

Come mai in fatti concepire un contratto di deposito o di mutuo senza esservi alcuna cosa depo-

(1) *V.* Pothier, *delle obbligazioni*, n.o 10.

(2) La permuta, *permutatio*, può formarsi nel nostro dritto col solo consenso; mentrechè nel dritto romano non eravi contratto se non quando una delle parti almeno avesse fatta la tradizione da sua banda: *do ut des* era una permuta; *dabo ut des* non era che un semplice patto, non obbligatorio secondo la regola generale sull'effetto dei patti. Ma appresso noi i patti ed i contratti son messi allo stesso livello.

sitata o mutuata? Potrà esservi un progetto o anche una convenzione di fare e ricevere un deposito o un mutuo, ma simile convenzione non sarà nè il deposito, nè il mutuo; giacchè l'effetto di questi contratti è di restituire ciocchè fu affidato o mutuato, e non avvi alcuna possibile restituzione quando cosa alcuna non siasi affidata o data.

82. Del resto non intendiamo di dir con ciò che la convenzione formata fra due persone, che l'una mutuerà la tale somma all'altra, nella tale epoca, non sia obbligatoria: al contrario essa è validissima, e potrebbe dar luogo a danni ed interessi contra colui che fece la promessa di mutuare, se non volesse eseguirla; come potrebbe ancora, nel caso in cui il mutuo dovesse produrre interessi, dar luogo a danni ed interessi a suo vantaggio, se l'altra parte non volesse effettuarla. Ma questi danni ed interessi non risulterebbero da un contratto di mutuo, il quale non è avvenuto; risulterebbero soltanto dalla inesecuzione della convenzione, la quale, nel nostro dritto nonchè nel dritto romano, non ha alcun nome particolare, ma non è men lecita ed obbligatoria appresso noi, giusta gli art. 1107 e 1134 c. c. = *1061 e 1088 ll. cc.*, poichè non ha cosa alcuna di contrario alle leggi o al buon costume.

83. Quando diciamo che i contratti non solenni sono perfetti col solo consenso delle parti, ciò non è vero tuttavolta se non quando tale consenso sia stato espresso nelle forme indicate dalla legge

per la specie di contratti di cui si tratta; e risulta da siffatta osservazione un'altra divisione de' contratti, in contratti solenni e contratti non solenni: noi la svilupperemo tra poco.

84. Di più, anche nei contratti che non sono solenni, *puta*, la vendita, la locazione o ogni altro contratto, che possono farsi con atto in iscrittura privata del pari che con atto autentico, ed anche verbalmente, se le parti contraendo convennero, per esempio, di stipular l'atto innanzi notai; *con intenzione che il contratto non sarebbe perfetto e concluso se non quando l' atto avesse ricevuta la sua completa forma*, il contratto non riceverà effettivamente la sua perfezione se non quando l' atto del notaro avrà ricevuto la sua; e le parti, quantunque di accordo sulle condizioni del contratto, potranno lecitamente ritrattarsi prima che l'atto sia stato completamente sottoscritto. È questa la opinione di Pothier (1), fondata sulla l. 17, Cod. *de fide instrumentorum*, la cui massima è riprodotta nelle *Instituta*, *tit. de emptione et venditione.*

In fatti le parti in questo caso vollero sospendere il loro definitivo consenso finchè non fosse perfetto l' atto che doveva riceverlo: è questa una condizione della loro convenzione.

85. Ma siccome bisogna a quest'uopo che la loro intenzione sia stata tale, importa di ben distin-

(1) N.° 11 del suo Trattato *delle obbligazioni.*

guere ciò che ha avuto luogo, *quod actum est.* Imperocchè, come l'osserva puranche Pothier, « subito che le parti han convenuto che del loro « contratto sarebbe rogato atto innanzi notaro, si- « mile convenzione non fa per sè stessa dipendere « da questo atto la perfezione del loro negozio: bi- « sogna di più che appaia essere stata loro inten- « zione, formando questa convenzione, di farnela « dipendere. In conformità appunto di tali princi- « pii fu giudicato con decisione del 1595, riferita « da Mornac, *ad dictam legem* 17, che una « parte non poteva ritrattarsi da un contratto di « vendita fatto in iscrittura privata, sebbene vi fos- « se la clausola che ne sarebbe rogato atto innan- « zi notai, e questo atto non ancora fosse stato ro- « gato; perchè non potevasi conchiudere da questa « sola clausola che le parti avessero voluto far di- « pendere dall' atto innanzi notari il perfeziona- « mento del loro contratto, avendo potuto simile « clausola essere aggiunta soltanto per assicurarne « maggiormente l'esecuzione, a causa dell' ipoteca « che risulta dagli atti autentici (1), e del rischio « che corre un atto in iscrittura privata di per- « dersi. »

86. Vie maggiormente debb' essere così quando l'atto in iscrittura privata, come frequentemente avviene, contenga l' obbligo espresso per ciascuna del-

---

(1) Presentemente gli atti autentici non producono ipoteca per loro stessi, ma è necessaria a tal effetto una speciale convenzione; art. 2116, 2117 ed altri c. c. = *2002, 2003 ed altri ll. cc.*

le parti di rogar atto innanzi notaro alla prima richiesta di una di esse: in questo caso ogni dubbio svanisce, e fa d' uopo che siffatta obbligazione sia eseguita.

87. « Ma allorchè, dice ancora Pothier, il con-
« tratto sia verbale, è più facile alla parte cui se
« ne dimanda l' esecuzione di ritrattarsene, soste-
« nendo che era desso soltanto un progetto sino alla
« sottoscrizione dell' atto innanzi notaro, ch' era
« convenuto di stipularsene, perchè non potendo-
« si provare con testimoni i contratti il cui oggetto
« ecceda cento lire, e non essendovi per conse-
« guenza in tal caso altra pruova del contratto che
« siffatta dichiarazione, deve essa prendersi nel suo
« intero. »

Di ciò non puossi dubitare, ma se si giudichi che il contratto potè esser fatto verbalmente con pieno effetto, la parte la quale ne dimanda l' esecuzione può far interrogar l' altra sul fatto della convenzione diffinitiva, e se lo confessi, è tenuta ad eseguirla; puossele puranche deferire il giuramento su questo punto, e se ricusi di prestarlo, dev' essere condannata. Che se al contrario si decida per massima, che la convenzione verbale non può considerarsi se non come un progetto, che avvi sempre in simil caso la tacita condizione di doversi distendere per iscritto a fin di essere obbligatoria, e che il consenso è in sospeso sino a tale istante, allora il giuramento stesso non potrebbe esser deferito, giusta la regola *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Quest' ultima pretensione non può sostenersi tutte le volte che si tratta di contratti sopra cose mobili corporali: per cui Pothier in questo passo inclina visibilmente per la validità de' contratti verbali, senza anche distinguere a tal riguardo tra le diverse cose che ne formano l' oggetto. Egli soltanto evidentemente si arresta sulla difficoltà della pruova; e l' oratore del Governo, avente incarico di presentare il progetto di legge sulla *vendita* all' approvazione del Corpo Legislativo, si esprimeva così: « La scrittura non si richiede che *tantum* « *ad probationem*, e la vendita avrà tutto il suo « effetto, se costi altronde della sua esistenza; ma la « pruova non potrà aver luogo che in conformità « delle regole riguardanti la pruova delle conven- « zioni. »

Il dubbio dunque su tal punto non può elevarsi, a creder nostro, che riguardo ai contratti verbali sopra immobili, ovvero sopra dritti o crediti contro terzi, perchè il trasferimento degl' immobili, per esempio, non si opera e non si prova col solo possesso, come quello delle cose mobili corporali, e puossi in conseguenza naturalmente supporre che le parti intesero di contrattare con atto in iscritto; che le convenzioni verbali sono soltanto progetti. Una vendita verbale in fatti non presenterebbe alcuna sicurezza al compratore, il quale potrebbe essere evinto da un momento all' altro, sia dal venditore medesimo, sia dai creditori o di costui eredi: e non somministrerebbe alcun mezzo da purgare le

ipoteche da cui i beni potrebbero essere gravati; per lo che generalmente si stipula atto di vendita di questa specie di beni: donde puossi naturalmente conchiudere che le parti si reputano di aver in fatto voluto che ne fosse formato uno per regolare il loro reciproco consenso.

Da un'altra banda le condizioni di una vendita sono generalmente stabilite prima che le parti ne stipulino atto; il consenso sulla cosa e sul prezzo, che basta, ai termini del Codice (art. 1582 e 1583 c. c. = *1427 e 1428 ll. cc.*), per la formazione del contratto di vendita, si dà spessissimo da un canto e dall'altro senza restrizione, senz'anche che si faccia menzione dell'atto, il quale si stipula in appresso, ed appunto su tal caso avvi effettivamente dubbio; giacchè se da una parte coloro che contrattano una vendita d' immobili si reputano di volere che ne sia disteso atto, lo che non è dubbioso, almeno generalmente, si reputano forse da un'altra parte di aver voluto anche con ciò sospendere l' effetto del loro consenso sopra le condizioni del contratto finchè fosse compiutamente disteso questo atto, sia privato, sia autentico? Oppure non han forse tacitamente voluto un atto se non per provare soltanto la loro convenzione, per la pruova della vendita, e per assicurarne più compiutamente gli effetti e l'esecuzione, in somma, per la loro reciproca sicurezza?

Vinnio, spiegando la sanzione di Giustiniano nella l. 17 innanzi citata, sul passo delle *Institu-*

ta che la rammenta, insegna che la vendita è fatta *in scriptis*, ed in conseguenza che il consenso è sospeso sino al perfezionamento dell' atto, non solo allorchè le parti espressamente convennero che non vi sarebbe contratto se non quante volte vi fosse un atto perfetto per comprovarlo (ciocchè non ammette alcun dubbio), ma ancor quando ne convennero tacitamente. E secondo lui, nonchè secondo molti dottori che ci cita, esse ne convennero tacitamente ogni qualvolta convennero semplicemente che contrattavano per iscritto, o che il loro contratto fosse per iscritto: *Ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit contractum in scriptis fieri.* Da ciò segue, egli dice, che se nel medesimo istante della convenzione, o un poco innanzi, le parti o una di esse abbiamo domandato carta e penna per distendere l' atto, o se abbiano parlato di andar dal notaro per lo medesimo oggetto, si reputa che abbiano voluto contrattare per iscritto, *in scriptis*, e che abbiamo inteso per conseguenza apporre alla loro convenzione la condizione che non sarebbe perfetta se non col distendersi l' atto, e che sino a quel termine il loro consenso sopra gli effetti del contratto sarebbe in sospeso.

Siffatta opinione fu confermata da molte decisioni di Corti sovrane, giusta l' attestato del presidente Fabbro, che le cita nel suo Codice, tit. *de testibus*, *defin.* 23, *et de fide instrum.*, *defin.* 14; abbenchè alcuni autori, specialmente Sa-

liceto, sulla legge 17 del Cod., *de fide instrum.* innanzi citata, sieno stati di parere contrario, sostenendo che nello spirito di questa legge una espressa riserva è soltanto quella che sospende il consenso.

Pothier dice similmente che quando avvi un atto in iscrittura privata di un contratto che non ha ricevuto la sua intera perfezione colle sottoscrizioni di tutte le persone espresse nell'atto, essendosene qualcuna tra esse andata via senza firmare, quelle che hanno sottoscritto possono anche ritrattarsi, come quella che non volle farlo, perchè sono ammesse a dire che distendendo o facendo distendere questo atto, ebbero l'intenzione di far dipendere la loro convenzione dalla sua perfezione. Ed egli cita a tal riguardo una decisione del 15 dicembre 1654, riferita da Soeffe, tomo 1, cent. 4, n.° 75.

Del resto, Vinnio soggiunge, al pari di Pothier, che se facendo una convenzione si dica semplicemente che ne sarà disteso atto, non devesi da ciò conchiudere che le parti intesero contrattare per iscritto, *ut contractus in scriptis fieret*, ma piuttosto che ebbero in mira, parlando di un atto, di assicurare l'esistenza della convenzione e di comprovarla: *sed potius, ut sine scriptura initus perfectusque contractus ad futuram rei memoriam describeretur.*

Dice infine che, nel dubbio sull'intenzione delle parti, è da credersi che l'atto di cui si è parlato

ebbe piuttosto per oggetto la pruova della convenzione che la sua perfezione, poichè di sua natura il contratto poteva avere effetto senza la scrittura, e si reputa che le parti vollero piuttosto contrattare secondo i principii del dritto comune, che secondo un dritto speciale, come quello stabilito da Giustiniano colla sua costituzione, o legge 17 innanzi citata.

Secondo tale teorica, da noi pienamente adottata, siamo indotti a credere che, nel caso in cui due persone contrattarono puramente e semplicemente del prezzo di un immobile, e di tuttociò che è relativo alla vendita, avvi contratto perfetto, non ostante la convenzione sottointesa o espressa che posteriormente ne sarà stipulato atto a richiesta di una di esse, o semplicemente che ne sarà stipulato atto: in conseguenza che il giuramento può essere deferito a chi non volesse eseguire.

Ma crediamo ancora che se, nel corso del contratto, le parti o una di esse parlino di scrivere immediatamente la loro convenzione, o di andare immediatamente dal notaro, il contratto non è perfetto che coll' atto medesimo, il quale si troverebbe di far parte integrante del consenso, quando anche fossero state di accordo sopra tutte le condizioni della vendita nell' istante in cui parlano di scrivere l' atto o di andare dal notaio.

Finalmente se siensi date caparre in una convenzione verbale per la quale erasi di accordo sulla cosa e sul prezzo, devesi considerare tale conven-

zione meno come un contratto perfetto e completo, che come una promessa sotto condizione risolutiva da cui ciascuna delle parti può ritrattarsi perdendo le caparre: quella che le ha date, in quanto che non può più domandarle; quella che le ha ricevute, restituendole doppie (art. 1590 c. c.=*1435 ll. cc.*); e ciò, sia che le parti avessero convenuto di distendere l' atto immediatamente o dopo, sia che nulla siesi detto a questo riguardo. È una *promessa* di vendere o di contrattare, anzichè una vendita perfetta e diffinitamente stabilita: le caparre sono state date e ricevute per vincolare le parti, le quali non avevano ancora alcun atto, ma per vincolarle col timore soltanto di perderle: in conseguenza queste caparre erano considerate per loro stesse come il prezzo della ritrattazione.

88. Come lo abbiam detto, si dividono ancora i contratti in solenni o autentici, ed in non solenni.

I primi sono i contratti i quali si rendon validi sol quando sieno stati fatti con atto ricevuto da uffiziali pubblici competenti, e con tutte le solennità richieste (art. 1317 c. c. = *1271 ll. cc.*): tali sono gli atti contenenti donazione tra vivi, i contratti di matrimonio e le convenzioni d' ipoteca; art. 931, 1394 e 2127 c. c. = *855, 1348 e 2013 ll. cc.*

Le formalità in questi casi non sono soltanto richieste per la pruova, ma lo son puranche *ad solemnitatem*, o, se si voglia, la legge non riconosce la pruova del contratto che nell'uso di que-

ste medesime formalità, le quali ciò posto sono *essenziali*, e non possono essere supplite da alcun' altra specie di pruova, neppure dalla confessione della parte contraria, nè dal suo rifiuto di prestare il giuramento, che le fosse deferito dall'altra. Appunto a tali casi si applica l'adagio *frustra probatur quod probatum non relevat.*

89. Ma la maggior parte de' contratti non hanno bisogno di essere comprovati da atti autentici; la legge stessa non gli ha soggettati ad alcuna particolare formalità; essa non domanda a loro riguardo che la pruova della propria esistenza, e questa pruova può essere somministrata in uno de' modi da essa autorizzati, per iscrittura, per testimoni, per presunzioni, per la confessione della parte e per giuramento; tuttavolta secondo le distinzioni e le restrizioni che credè di dover apportare a questa regola generale, e che in prosieguo svilupperemo.

90. L'art. 1107 c. c. = *1061 ll. cc.* dice che « i contratti, sia che abbiano una propria deno- « minazione, o che non l'abbiano, sono sottopo- « sti a regole generali, le quali formano l'oggetto « del presente titolo.

« Le regole particolari a taluni contratti vengo- « no stabilite sotto i titoli relativi a ciascun di essi, « e le regole particolari alle convenzioni commer- « ciali vengono stabilite dalle leggi relative al com- « mercio. »

In tal modo il Codice riconosce che vi sono contratti i quali non hanno denominazione propria, ed

altri che ne hanno una; lo che dunque forma eziandio una divisione de' contratti, in contratti *nominati* ed in contratti *innominati*, per servirci del linguaggio de' dottori.

91. Pothier dice nondimeno che simile divisione esatta nei principii del dritto romano non ha luogo fra noi (1). Ciò è vero nel senso che non avendo appresso noi le azioni, come in quella legislazione, speciali denominazioni, almeno nella pratica, non avvi in fatti alcuna differenza, sotto tal rapporto, tra questi diversi contratti; imperocchè in qualunque modo si qualifichi l' azione, se la pretensione è ben fondata, avrà o dovrà avere un buon successo: basterà a tal uopo di spiegar chiaramente nella dimanda qual ne sia l' oggetto ed i motivi sui quali è basata. Mentrechè nel dritto romano, anteriore a Costantino, il quale abrogò le formole delle azioni (2), bisognava, per riuscire nella dimanda, che la specie d'azione la quale s' intentava fosse ben quella che si applicava alla specie di convenzione avvenuta, e che quest' azione fosse conceputa secondo la formola ad essa propria. Laonde il giureconsulto Paolo, nella l. 5, §. 4, ff. *de præscript. verb. vel in fact. act.*, consiglia di procedere coll' azione *præscriptis verbis* (la quale era un' azione generale) ogni qualvolta avvi dubbio

(1) Questa osservazione del resto non può esser fondata sul motivo che appo noi non si distinguono i patti dai contratti, poichè tale divisione nel dritto romano non comprendeva che *contratti.*

(2) Colla sua costituzione, che è la legge 1 del Codice *de formulis et impetrationibus actionum sublatis.*

sulla qualità della convenzione, cioè se per ragione di qualche circostanza o clausola particolare siavi incertezza se sia una vendita propriamente detta, o una permuta, o una locazione, o qualunque altra specie di contratto; imperochè se si fosse usata una formola d'azione che non conveniva alla specie di contratto stipulato, allora la causa si perdeva, e non eravi più possibilità di rinnovare efficacemente la dimanda.

92. Ma se, sotto tale aspetto, non facciam noi alcuna differenza tra i contratti che hanno una denominazione propria, e quelli che non ne hanno, non è men vero che sotto altri rapporti, cioè circa agli effetti possibili, circa all'estensione delle obbligazioni, questa differenza trovasi tolta interamente, e che quindi possonsi ancora benissimo distinguere tali contratti gli uni dagli altri.

Supponghiamo in fatti che due vicini, ciascuno de' quali non ha che un sol bue, convengano che uno d'essi darà il suo all'altro per una settimana a fin di coltivare il di lui campo, e che quest'ultimo da sua banda darà il proprio la settimana seguente: non è questa una locazione, perchè il prezzo non è in danaro (1); neanche è un comodato o mutuo, perchè il contratto non è a titolo gratuito da una parte o dall'altra; nè è viemaggiormente una permuta propriamente detta, perchè la proprietà non vien trasferita; in fine non è un contratto di società,

(1) §. 2, Instit. *de locat. conduct.*

perchè la convenzione fu fatta con mire d' interessi separati e distinti. Si passerebbero così a rassegna tutti i contratti che han ricevuto una denominazione propria, ed il cui numero del resto non è sì esteso che non si potrebbe annoverare nella classe di alcuno di essi la specie di convenzione di cui si tratta, perchè ne differirebbe sempre sotto qualche rapporto; è dunque un contratto *innominato*. Laonde nel dritto romano sarebbe stato necessario di procedere coll' azione generale *præscriptis verbis*, se avendo una delle parti eseguito la convenzione, non l' aveva l'altra eseguita da sua banda, o se una di esse avesse lasciato perire per sua colpa il bue dell' altra (1).

Ciò posto, supponghiamo in fatti che il bue di uno d' essi sia perito appresso dell' altro per effetto di una costui leggierissima colpa, o quando quest' ultimo avrebbe potuto garantirlo facendo perire il proprio: se si applicassero le regole del comodato, per esempio, sarebbe risponsabile delle perdite (art. 1882 c. c. = *1754 ll. cc.*); e supponendo che il bue fosse stato consegnato a due congiuntamente, sarebbero essi solidalmente risponsabili de' danni ed interessi verso l' attore; art. 1887 c. c. = *1759 ll. cc.* Mentrechè se si giudichi, come devesi fare, che non sia un contratto di comodato, non vi sarà solidalità, perchè saranno applicabili le regole del titolo *de' contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, e secondo queste regole, la so-

(1) §. 2, Instit. *de locat. cond.*, e l. 17, §. 3. ff. *de præscript. verbis.*

lidalità non ha luogo se non quando le parti l'abbiano espressamente convenuta, o in virtù di una disposizione della legge; art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.* Quei tra le cui mani il bue sia perito non sarà dunque risponsabile di questa perdita se non quando fosse il risultamento di quella specie di colpa di cui ciascuno è risponsabile nei contratti interessati da una parte e dall' altra; e comunemente della colpa media o lieve, ma non della lievissima, è risponsabile colui che è il solo a ritrarre un vantaggio dal contratto, come il comodatario. E se nella specie il bue fosse stato affidato a due persone, non vi sarebbe solidalità, ammenoche non fosse stata convenuta.

Si moltiplicherebbero facilmente gli esempii proprii a dimostrare che bisogna ancora distinguere accuratamente, *circa agli effetti*, i contratti che han ricevuto una denominazione propria da quelli che non ne hanno, quantunque gli uni e gli altri, giusta il Codice stesso, sieno soggetti alle regole generali del titolo che spieghiamo. Ma precisamente quelli che han ricevuto una denominazione sono sottoposti a regole speciali, alle quali gli altri non vanno soggetti, almeno comunemente, e ciò solo basta per giustificare la divisione da noi stabilita tra gli uni e gli altri, la quale divisione viene altronde chiaramente sancita dal Codice stesso col surriferito art. 1107. (a)

(a) La distinzione suddetta era principalmente importante pel dritto romano, perchè i contratti innominati godevano il privilegio di

95. Nell'esame di questa importante materia, seguiremo la divisione generale adottata dai compilatori del Codice.

Quindi dopo di aver trattato al par d'essi in un primo capitolo *delle disposizioni preliminari*, e delle differenti divisioni de' contratti, parleremo in un secondo *delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni*; ciocchè comprende il consenso delle parti, la capacità di quella che si obbliga, un oggetto certo che forma la materia della convenzione, ed una causa lecita nell'obbligazione.

convenzioni legittime, quante volte si riguardava la causa presente, dappoichè se aveano per oggetto il tempo futuro, non dicevansi contratti innominati, ma patti nudi. Inoltre nei contratti innominati davasi luogo a pentimento, potendo quello che da sua parte avea adempito la convenzione, nei termini della legge 5, ff. *de condict. caus. dat. caus. non sec.*, disdirsi dal contratto, quante volte niun danno ridondasse all'altro, il quale dal canto suo non ancora avesse adempito al contratto; e laddove questo ultimo avesse speso qualche cosa per l'adempimento, doveva esserne fatto indenne. Voet (*ad pand. tit. de præscr. verb. n.* 2) sviluppa minutamente siffatto principio, ed il nostro *Domenico Aulisio* (*comment. ad pandect. tit. de verbor. obligat. cap. 3.*) aureamente e con tutta la filosofia del dritto tratta sotto il rapporto delle leggi romane siffatta materia. L' Eineccio poi (*lib. 12. pand. tit. 4*, §. *47*), l' istesso Voet(*ibid. tit. de rer. permut.* §. *3, et tit. de const. pec.* §. *3*), e Strichio (*de caut. contract. sect. 3, cap. 5*, §. *4 et sequ.*) avvertono che tale dottrina non erasi ammessa nella giurisprudenza. Il Guarano nel diritto novissimo del regno (*lib. 3. tit. 8* §. *4*) ne assegna la seguente ragione: *Aliunde ex ipsis regulis romani juris ab ipso contractu innominato impune recedi non potest, si stipulatione firmatus is fuerit. Cum igitur hodie nudum pactum æquo jure cum stipulationibus censeatur, in contractu innominato per pacta conventa inito, alterutro contrahente invito, pænitentiæ locus patere non debet.*

Veggasi la nota seguente al n. 460. Trad.

Il capitolo terzo tratterà *dell' effetto delle obbligazioni*, sia di dare sia di fare.

Il quarto *delle diverse specie di obbligazioni*, ciocchè abbraccia le modalità cui possono essere soggette, come le condizioni, il termine, la solidalità, l' indivisibilità, le clausole penali, ec.

Il quinto, *dell' estinzione delle obbligazioni.*

E finalmente il sesto ed ultimo, *della pruova delle obbligazioni, e di quella del pagamento.*

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni.

Nozioni preliminari.

SOMMARIO.

94. *Quattro condizioni sono essenziali alla validità di una convenzione; testo dell' art. 1108 c. c.*

95. *Che cosa intendasi per consenso.*

96. *Nei contratti si distinguono le cose che sono della loro essenza, quelle che sono della loro natura, e quelle che sono accidentali.*

97. *La mancanza delle prime fa che non vi sia contratto.*

98. *Nondimeno vi sono cose essenziali a taluni contratti soltanto.*

99. *Le cose della natura di un contratto son quelle dalla legge supplite nel silenzio delle parti, secondo la loro presunta volontà.*

100. *Ma puossi escluderle dal contratto con una stipulazione, ed allora simile stipulazione è una cosa accidentale.*

94. Per formare una convenzione obbligatoria e propria a produrre effetti in dritto, è necessario che vi sieno le quattro seguenti condizioni, cioè che concorrano queste quattro cose:

1.° Il consenso della parte che si obbliga;

2.° La sua capacità di contrattare;

3.° Una cosa certa che forma la materia della convenzione;

4.° Una causa lecita nell'obbligazione; art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*

Queste condizioni saranno sviluppate nelle quattro seguenti sezioni. Vedremo eziandio che generalmente fa d' uopo, perchè sia valida una convenzione, che chi promette in suo nome, prometta per sè stesso e non per un altro, e che chi stipula, lo faccia nel proprio interesse e non unicamente in quello di un terzo.

95. Dicendo semplicemente col Codice di esser necessario *il consenso della parte che si obbliga*, diciamo pur con ciò che la volontà della parte a cui vantaggio ha luogo l' obbligazione concorre ancora a formarla: giacchè un consenso suppone necessariamente il concorso di due volontà reciproche: *consensus dicitur cum duorum voluntates in unum concurrunt, utroque sciente et approbante.* Connano, lib. 6, cap. 1, n. 4.

Consentire est in unam sententiam concurrere; l. 1, §. *Conventionis*, ff. *de Pactis.* In somma, *consentire, consensus, est sentire cum aliquo.*

La volontà di obbligarmi verso di voi, sebbene formalmente espressa, senz' accettazione da vostra parte, non è dunque un *consenso*, nel linguaggio del dritto, ma è una semplice offerta, una proposta che, secondo quanto più innanzi dicemmo (n.° 52 e

seguente), non è obbligatoria, non produce alcuna giudiziale azione. Non vi sarebbe consenso e convenzione, se non quando voi avreste accettato tale offerta, tale proposta.

96. La teorica e l'analisi impararono a distinguere tre specie di cose nei contratti: quelle che sono *essenziali* (a), e senza delle quali per conseguenza il contratto non può sussistere; quelle che sono soltanto della *natura* del contratto, perchè formano una conseguenza dell' obbligazione, uno de' suoi effetti legali, ma che possonsi escludere dal contratto con una convenzione; e finalmente quelle che sono *accidentali*, e le quali han luogo soltanto per ragione di una particolare convenzione, che può farsi o omettersi.

97. Le quattro condizioni di cui abbiamo parlato

(a) L' Averanio (*interpr. jur.*, *lib.* 4, *cap.* 12) sviluppa le stesse idee con la maggior possibile precisione, distinguendo nei contratti la sostanza, la natura e gli accidenti. Il nostro Giuseppe Cirillo (*de pactis, cap. 3*) interpetrando le leggi 7, §. 5, ff. *de pactis*; 11 §. 1. ff. *de act. emt. et. vend.* di Ulpiano e la legge 72 ff. *de contrah. empt.*, così si esprime: *Quam Papinianus* SUBSTANTIAM, *Ulpianus* NATURAM *contractus appellat: est autem contractus seu substantia, seu natura, id sine quo consistere negotium non potest. Igitur ad substantiam venditionis pretium, ad locationis substantiam merces pertinet, quod neque hæc sine mercede, neque illa sine pretio consistat. Sed plerisque interpretum placere video aliud* NATURAM, *aliud* SUBSTANTIAM *contractus esse. Ii substantialia contractus vocant, sine quibus non consistit contractus: naturalia vero quæ ita insunt contractui ut quamvis nihil de iis convenerit, præstari tamen debeant ex natura contractus, qualia e. g. sunt in venditione cautio de evictione, in deposito dolus, in commodato autem culpa.* Trad.

★

sono tutte essenziali ad ogni convenzione, a qualsivoglia contratto, sia del dritto civile, sia del dritto commerciale. La mancanza di una di esse fa che non vi sia interamente contratto. Ed in effetti non se ne può concepire uno senza il consenso di persone che vogliano formarlo, e la loro capacità a contrattare; senza una cosa che ne sia la materia, ed una causa lecita che abbia indotto queste persone a contrattare; giacchè, anche nelle donazioni avvi una causa, la volontà di conferire un beneficio.

98. Ma avvi cose che sono essenziali a taluni contratti, e che non lo sono ad altri, che neanche devono ritrovarvisi: per esempio, nel contratto di vendita, bisogna una cosa ed un prezzo, su cui le parti convengano; se si tolga l'una o l'altro, il contratto non è più una vendita, non è più un contratto commutativo, ma una donazione. Parimenti non sarebbe una locazione se io convenissi con voi che godreste gratuitamente della mia casa per tutto il tempo del viaggio che mi propongo di fare in paese straniero, ma bensì un contratto di beneficenza; come *vice versa* non sarebbe un contratto di comodato se convenissi con voi che vi servirete del mio cavallo per un mese mediante tre franchi al giorno, ma sarebbe una locazione.

Quindi vi sono cose essenziali a qualsivoglia contratto, ed altre che lo sono a certi contratti soltanto: la mancanza delle prime, o di una di esse, fa che non vi sia valido contratto; la mancanza delle

altre la che non vi sia il tale contratto, ma non impedisce che sussista il tal altro.

99. Le cose della *natura* del contratto, son quelle che la legge, per una ragionevole interpetrazione della volontà de' contraenti, fece da sè medesima risultare dalla loro principale convenzione: son gli effetti ordinarii delle convenzioni, quelli che risultano dal dritto comune, senza particolare stipulazione de' contraenti, ma che si possono escludere dal contratto mediante una convenzione. Così, la garantia in caso di evizione è dovuta dal venditore al compratore, senza che vi sia bisogno di speciale convenzione a tal riguardo; essa è di dritto (art. 1626 c. c. = *1472 ll. cc.*), perchè l'acquirente non intende di pagare il prezzo che per godere della cosa.

100. Ma puossi escludere questa garantia con una convenzione particolare (art. 1627 c. c. = *1473 ll. cc.*), e questa esclusione è allora una cosa accidentale al contratto di vendita.

Similmente il compratore di una cosa che non produce frutti non deve, per dritto comune, gl' interessi del prezzo della vendita che dal giorno dell' intimazione fattagli di pagare (art. 1652 c. c. = *1498 ll. cc.*); ma si può con una convenzione derogare a questa regola, e far correre gl' interessi dal giorno della vendita.

Vedesi da ciò che le cose *accidentali* ai contratti son quelle che derogano al contrario al dritto comune, o per estenderne gli effetti, o per restrin-

gerli. Tali sono le convenzioni di cui pocanzi abbiamo parlato, il patto di ricompra, le condizioni in generale, nonchè tutte le stipulazioni particolari che le parti aggiungono a quella con cui formano il contratto di che è parola, il quale potrebbe benissimo sussistere senza queste stipulazioni speciali.

SEZIONE PRIMA.

Del consenso.

SOMMARIO.

101. *La base di ogni contratto è il consenso delle parti: esso dev' essere scambievole, anche nei contratti unilaterali.*
102. *Dev' essere esente da errore, da violenza e da dolo.*
103. *L'ubbriachezza può anche fare ostacolo al consenso.*
104. *Il consenso affetto da questi vizii basta nondimeno a formare il contratto, salvo alla parte lesa a farlo annullare o rescindere.*
105. *Divisione della sezione.*

101 Base di ogni contratto è il consenso (a) di

(a) Il consenso spesso può manifestarsi non solo colle parole, ma pure coi fatti, come nell'adizione ed acquisto di una eredità; e generalmente nella ratiabizione. Negli altri atti umani vale tanto il consenso precedente, quanto il susseguente; e vale tanto il tacito quanto l'espresso, meno che in alcuni atti più solenni: come nelle donazioni tra vivi, nell'autorizzazione maritale, ec. ec. Quindi la geminazione dell'atto, secondo osservano Gotofredo nella legge 22. ff. *ad SC. Vellejanum*, il Calvino nel suo *Lessico* alla parola *Geminata*, e Rittersuzio sulle *Novelle*, *part. 4 cap. 4 n. 15*, suole indurre evidente consenso.

Sebbene ai termini della legge 142 ff. *de regul. jur.*, chi tace, come non nega, così non confessa, pure non di rado il consenso risulta dalla taciturnità. Bisogna però distinguere gli atti giudiziali

coloro che lo formano. Questo consenso, come lo abbiamo detto, dev' essere scambievole, anche nei

---

dagli estragiudiziali. Nei primi qualche fiata suole la taciturnità riputarsi consenso in pregiudizio di chi tace. *Quibusdam tamen casibus*, dice Pothier su questa legge, *punitur is qui per contumaciam tacuit ad instar ejus qui negasset; ut olim in interrogationibus in jure.*

Alciati sulla legge 40, ff. *de verb. signif.* sostiene un parere diverso, ma giova su questa materia consultare Giacomo Gotofredo sul comento della cennata legge 142 nel suo trattato *de regul. jur.*

Negli atti estragiudiziali poi, secondo l' avviso tra gli altri del Wisenbachio nel comento sulla detta legge, la taciturnità si ha per consenso nelle cose che giovano, e nelle cose che nuocciono per dissenso. Ecco le di lui precise parole: *Et distinguendum, utrum id quod agitur, totum ad utilitatem ejus, qui tacet, pertineat, an vero ad eum obligandum, onerandum, vel ad rem ejus aut jus imminuendum spectet. Priore casu silentium tacentis habetur pro consensu, posteriore casu silentium habetur pro dissensu: qui tacet habetur pro invito, et contradicente.* È da avvertirsi che quando alla taciturnità si aggiunga la scienza, s' induce sempre il consenso secondo l' opinione di Cuiacio, e di quasi tutti gl' interpetri poggiati sulle leggi 4, §. 3 ff. *de fidejussi. tut.* e 2 ff. *ad municip.*; anzi per argomento tratto dalla legge 16 ff. *ad SC. Macedon.*, quando nelle cause pregiudiziali non si contraddice presumono i dottori pure il consenso, nel caso che contraddicendo si possa impedire l'atto pregiudizievole. *Si actus, qui gerit*, dice Bartolo nella legge 34 n. 22 e 23 ff. *solut matrim.*, *respicit. meum præjudicium circa jus mei dominii vel ususfructus . . . . . aut erat talis actus quem non poteram impedire contradicendo, et non præsumitur consensus . . . . si vero quis contradicendo poterat impedire, tunc, tacens, præsumitur consentire.*

In materia però di servitù si richiede il consenso espresso. *Quædam vero sunt negotia*, dice il Cuiacio nelle recitazioni sulla legge 5 ff. *de servitut. urb. pred. ab histis diversa, in quibus non exigimus velle, sed sufficit pati et tacere, idest, non nolle, et in his taciturnitas pro consensu habetur. In his negotiis invitus dicitur, qui dicit, ego nolo: Nam si hoc non dicat, velle creditur et consentire. Horum negotiorum exemplum est in l.* 1 §. scientiam, de tribut. act. *et* l. soluto 2 §. voluntatem, sol. matr. *In servitutibus vero taciturnitas accipitur pro dissensu: qui non consentit, videtur contradicere, ut in hac lege.*

contratti unilaterali, altrimenti non vi sarebbe che proposta, offerta, promessa, se provenisse da parte di colui che volesse obbligarsi (1); e semplice *detto*, *dictum* (2), se fosse particolare a colui il quale volesse che altri si obbligasse verso di sè.

102. E, quantunque siasi dato un consenso propriamente detto, questo consenso nulladimeno non è valido se siasi dato per errore, ovvero se sia stato estorto per violenza o carpito per dolo; art. 1109 c. c. = *1063 ll. cc.*

La legge, nonchè la ragione di cui essa è l'organo, lo vuol libero e puro.

103. Sebbene il Codice non parli dell' ubbriachezza come formante ostacolo alla validità del consenso, e non si possa dire rigorosamente, giusta le definizioni che esso dà dell'errore, come dovente viziare il consenso, di trovarsi il caso dell' ubbriachezza compreso in quello di errore, non è tuttavolta dubbioso che sarebbe nullo un contratto formato in istato di ubbriachezza spinta al segno da far perdere interamente la ragione; imperocchè in questo stato la persona è incapace di giudicar le conseguenze

Queste nozioni vengono maestrevolmente e con sana logica trattate dal Donello (tom. 3 pag. 510 n. 15, 16, 17, e pag. 697, 698 e seg.; tom. 8, pag. 579, 580 e segu., edizione di Lucca), il quale notando la necessità di un accurato esame, dice: *Quoniam de eo varie scriptum est in jure, et ita ut nullus locus magis dissimilia responsa habere videatur.* È d' uopo perciò di consultare sull' oggetto minutamente questo scrittore, il quale con sodi ragionamenti sviluppa ed esamina i principii di sopra indicati. TRAD.

(1) *Pactum est duorum consensus, atque conventio*; *Pollicitatio vero offerentis solius promissum*; l. 3, ff. *de pollicit.*

(2) L. 19, §. 1, ff. *de ædilit. edict.*

dell'atto che essa sottoscrive: non avvi effettivamente consenso, in quantochè il consenso è la manifestazione di ciocchè la nostra ragione concepisce ed approva. Dicasi lo stesso di un atto che fosse firmato in un accesso di delirio. Vi sarà altronde quasi sempre dolo da canto dell'altra parte, in contrattare con una persona che trovasi in tale situazione.

104. Del resto non devesi considerare il consenso affetto dai vizii di errore, violenza o dolo, come se non esistesse, e dire perciò che il contratto è nullo per dritto come se non si fosse formato; ma al contrario anche in questi casi avvi contratto; soltanto la parte che si obbliga per effetto di errore, violenza o dolo, può dimandare l'annullamento della sua obbligazione, e se lo faccia entro i termini stabiliti dalla legge a tal uopo, il contratto sarà allora annullato e riputato di non essere mai esistito. L'art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.* dispone: « La convenzione contratta per errore, « violenza o dolo, non è nulla *ipso jure*; ma soltanto « dà luogo ad agire per la nullità, o rescissione, « ne' casi e ne' modi spiegati nella sezione VII del « capitolo V del presente titolo. »

Ed in fatti v' è bisogno di una istruzione per istabilire il vizio da cui si pretendesse che il consenso è colpito, e questa istruzione non può avvenire che in giudizio.

Al contrario allorchè non vi sia stato interamente consenso, non vi è contratto, e neanche ve ne ha l'apparenza. Se si producesse contro di me un atto

rimasto imperfetto per non averlo io firmato, questo scritto non potrebbe considerarsi che come un progetto di contratto, e non come un contratto (1). Io non avrei bisogno di agire per nullità o per rescissione in un dato termine ad oggetto di far dichiarare che tale scritto non mi obbliga a cosa alcuna: in qualunque epoca si volesse oppormelo per costringermi ad eseguirne il contenuto, potrei escluderlo (2). In somma non sarebbe un contratto vizioso e soltanto annullabile, ma sarebbe assolutamente un nulla.

105. Ragion vuole puranche che io non sia obbligato per consenso di un terzo a cui non ho dato incarico di obbligarmi: il solo mio consenso mi deve sottoporre ad una obbligazione; e le regole del dritto in senso inverso non mi autorizzano ad invocare la convenzione fatta da un altro senza mandato da parte mia; giacchè essa nettampoco è effetto del mio consenso.

Esamineremo adunque, per ciocchè riguarda il consenso:

1.° I casi di errore;

(1) Vi son casi nondimeno in cui la sola scrittura ha effetto senza la firma (art. 1331 e 1332 c. c. = *1285 e 1286 ll. cc.*); ma quello di cui parliamo non è di questo numero.

(2) Sarebbe forse lo stesso di un contratto affetto da errore, violenza o dolo, ovvero annullabile o rescindibile per incapacità dell'obbligato? La via di eccezione sarebbe mai aperta ancora dopo dieci anni? La massima *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, è forse applicabile nel dritto francese? lo è almeno vigente il Codice? lo è forse in ogni caso? Ciò appunto noi esamineremo trattando delle azioni per nullità o per rescissione.

2.° Di violenza o di timore;

3.° Di dolo;

4.° E di lesione, che in taluni atti, o riguardo a tulune persone, rende puranche rescindibili i contratti;

5.° Della promessa che un terzo darà o farà;

6.° Della stipulazione a favore di un terzo;

7.° Infine dell'effetto delle convenzioni per riguardo agli eredi o aventi causa dai contraenti.

§. I.

Dell' errore.

SOMMARIO.

106. *In che consista l' errore : in che differisca dall' ignoranza.*

107. *Può essere di fatto o di dritto ; può essere* errore comune *o sopra un fatto o sul dritto.*

108. *Sopra che , nelle convenzioni , può cadere l' errore.*

109. *Quando mai , giusta l' art. 1110 c. c. , è una causa di nullità della convenzione ?*

110. *L' errore nel semplice* motivo *particolare che spinse una delle parti a contrattare , quando altronde la convenzione abbia la sua* causa *obbligatoria nella natura medesima della convenzione , non produce la nullità del contratto.*

111. *Avviene altrimenti dell' errore che cade sulla* causa *propriamente detta del contratto.*

112. *Rimessione circa all' errore sulla causa di una donazione o di un legato.*

113. *Nei contratti sinallagmatici , l' errore sull' oggetto dell' obbligazione di una parte , cade per questo stesso motivo sulla causa dell' obbligazione dell' altra.*

114. *L' errore sull' oggetto è sempre errore sulla sostanza della cosa: ma non* vice versa: *Che mai s' intenda per sostanza.*

115. *L' errore sul* nome *dell' oggetto è indifferente.*

116. *L' errore che cade sulla* qualità *dell' oggetto è una causa*

di nullità sol quando la cattiva qualità sia l' effetto di un vizio occulto : distinzioni a tal riguardo

117. *L'errore sul* valore *della cosa costituisce la lesione: rimessione e.*

118. *L' errore sulla* natura *della convenzione vizia il contratto.*

119. *Nei matrimonii , nelle transazioni ed in taluni contratti di locazione d' opera , l' errore che cade sulla* persona *stessa con cui si contrattò vizia il contratto.*

120. *Questo errore vizia generalmente le donazioni e i legati.*

121. *Avvien lo stesso nella maggior parte de' casi , in materia di società.*

122. Secus *nelle ordinarie locazioni di opere.*

123. *E generalmente nelle locazioni di cose e nelle vendite : del rimanente è questo un punto da risolversi secondo le circostanze della causa.*

124. *Ma nel matrimonio e nelle transazioni, tostochè è riconosciuto in fatto di esservi errore sulla persona , il giudice non può astenersi dal pronunziare la nullità.*

125. *In generale l' errore sul* nome *della persona è indifferente.*

126. *L' errore sulla* qualità della persona *è una causa di nullità , quando il contratto sia avvenuto solo in considerazione di questa qualità supposta.*

127. *Circa all' errore di dritto , il Codice non contiene che due disposizioni*: quid *dell'obbligazione o del pagamento che altra causa non abbia se non un errore di dritto ? L' obbligazione è nulla ed il pagamento è soggetto ad essere ripetuto.*

128. *Continuazione, e discussione perciò che riguarda il pogamento.*

129. *Se mai vi fosse una causa basata sull' equità, non avrebbe luogo la ripetizione.*

130 *Ciocchè siasi pagato* transactionis causa, *benchè per errore, non può ripetersi.*

131. *L' azione di ricupero degl' immobili venduti o ceduti per effetto di errore, ha mai luogo contro i terzi dopo l' annullamento del contratto colla parte contraente ?*

106. In generale l'errore consiste in creder vero ciocchè è falso , o in creder falso ciocchè è vero ; in supporre una cosa la quale non esiste o che non è quella che si credeva di esistere. Esso è contrario al

consenso (a) allorchè cade su qualche cosa essenziale al contratto: *nihil tam contrarium consensui quam error;* l. 15, ff. *de jurisdict.*

Non è assolutamente lo stesso che *l'ignoranza*, la quale consiste soltanto in non sapere una data cosa, ma si confonde sovente con essa, in quantochè l' ignoranza di un fatto o di una cosa può dar luogo a supporre di esistervi un' altra cosa; e l' errore di dritto non è altro che l' ignoranza della legge. Quindi nel dritto romano la materia vien trattata sotto il titolo *de juris et facti ignorantia.*

107. Laonde l' errore può essere o di *fatto* o di *dritto*. È anche talvolta *errore comune*; e questo può cadere sopra un fatto o sul dritto. Cade sopra un fatto, per esempio, se Paolo Duprè essendo stato nominato con ordinanza reale notaio nella tale residenza, suo fratello, Giovanni Duprè, presti giuramento ed eserciti pubblicamente le funzioni di notaio in luogo suo, ed allorchè generalmente credasi di essere stato egli rivesito della carica. Era un errore comune di dritto quello il quale, prima del parere del consiglio di Stato del 2 luglio 1807 attribuiva una pubblica qualità ai segretarii delle municipalità, ed il potere di autenticare colla loro firma gli estratti de' registri dello stato civile (1).

108. Riguardo alle convenzioni, l' errore può cadere o sul motivo particolare che indusse una delle parti a contrattare;

(a) Quindi ragionevolmente Seneca (*de benef.* 4, 36) disse *demens est qui fidem præstat errori*. Trad.

(1) Favard de Langlade, *Repertorio di legislazione*, v. *errore*, n. 1.

O sulla causa principale e legale dell'obbligazione;

O sul corpo medesimo dell' oggetto o sulla cosa intellettuale che costituisce la convenzione;

Ovvero sulla sostanza di quest' oggetto;

O soltanto sopra le sue qualità;

O sopra il suo valore;

O sulla natura della convenzione;

O sulla persona con cui si abbia intenzione di contrattare;

O sopra il suo nome;

O sulla qualità di questa persona.

E l' ignoranza della legge, o l' errore di dritto può aver dato luogo ad una obbligazione, ad un pagamento, ad una transazione, ad una confessione giudiziaria, ad un' acquiescenza, ec. ec.

109. Il Codice stabilisce per massima, che « l' er- « rore non produce la nullità della convenzione, « se non quando cade *sopra la sostanza stessa* « *della cosa* che ne forma l'oggetto; che non pro- « duce nullità, quando cade soltanto sulla persona « colla quale s' intende di contrattare (1), purchè « la considerazione della persona non sia la causa « principale della convenzione; art. 1110 c. c. = « *1064 ll. cc.* »

Percorriamo rapidamente i diversi casi in cui può esservi errore per conoscer quelli nei quali è una causa di nullità.

---

(1) Sarebbe più esatto il dire: *quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato . . . . .*

110. Allorchè l' errore cade soltanto sul *motivo* particolare che indusse una persona a contrattare, e l' obbligazione abbia altronde una causa sufficiente in ciò che l' altra parte deve dare o fare da sua banda, l' errore non produce la nullità dell' obbligazione. Per esempio, se avvisato di essermisi rubato il mio cavallo in campagna, ne ho comprato un altro per supplirlo, e di poi abbia ricuperato quello che mi si era rubato, l'errore in cui io era sulla perdita del mio cavallo è stato effettivamente il *motivo* particolare di questa compra, ma tale errore non basta purtuttavolta per autorizzarmi a restituire il cavallo che ho comprato; e neanche a ricusarmi di riceverlo e di pagarne il prezzo. La convenzione in siffatto caso ha una *causa*, ed una causa lecita, giacchè nei contratti sinallagmatici, come la vendita, la causa dell' obbligazione di una parte si trova nell'oggetto che l' altra deve consegnarle dal lato suo o fare per essa; e la legge in generale non richiede come condizione essenziale della validità delle convenzioni, che le parti non sieno in errore su i motivi personali che la inducono a contrattare; avvegnachè spesso questi motivi sono erronei: mille circostanze possono ingannarci, senza parlare degli errori particolari del nostro giudizio. Essa richiede soltanto che la convenzione abbia una causa lecita: or nella specie la mia obbligazione di pagare il prezzo del cavallo vendutomi ha una causa lecita, la quale risiede tutta intera nell' obbligazione del venditore di consegnarmi questo cavallo. Se egli adempie la

sua obbligazione, io debbo dunque adempir la mia non ostante l'errore sul motivo che m' indusse a fare tal compra, giacchè non è questo che un errore sopra una circostanza estrinseca e del tutto indipendente dal contratto; non è la *causa efficiente* dell' obbligazione, quella ch' è necessaria per la sua validità, per formare il vincolo di dritto; ma è una semplice causa *impulsiva*, in somma un motivo particolare, il quale neppure è necessario che l'altra parte conosca, e che anche si ha cura per lo più di celarle.

111. Ma allorchè l'errore cade sulla *causa* (a) dell' obbligazione, la rende nulla, perchè allora la causa è falsa (art. 1131 c. c. = *1085 ll. cc.*); e l'obbligato può in tal caso opporre nel tempo stesso l' errore nel consenso e la mancanza di causa nell' obbligazione. Così, credendo di dovervi quattro moggia di terreno, in virtù del testamento di Paolo di cui io sono erede, mi sono obbligato a pagarvi, invece del legato, la somma di duemila franchi in un anno; ma questo testamento trovasi rivocato da un altro di cui io ignorava l'esistenza al momento che contrassi tale obbligazione: è chiaro che essa è effetto dell' errore ed è fondata sopra una falsa causa, lo che nella specie è la stessa cosa che un'ob-

---

(a) Errico de Coccej (*ad Grot. de jure belli et pacis, lib. 2 cap. 11 §. 6*) dimostra essere uniforme ai principii dell' equità naturale la distinzione dei giureconsulti, cioè se l' errore cada sulla cosa principale, o sulla persona, o pure sulle qualità e cose accidentali. Trad.

bligazione senza causa; giacchè non vollero i contraenti, come talvolta accade, tacere per particolari ragioni una causa falsamente espressa nell'atto, invece di una effettiva: non esiste in realtà alcuna causa, e l'obbligazione fu solo effetto di un errore. È dunque nulla.

112. Circa alla donazione tra vivi ed al legato fatto secondo una causa riconosciuta falsa, *V.* quanto dicemmo nel tomo VIII, n. 546 e seguenti, e nel tomo IX, n. 337 e seguenti, e n. 345 dove risolviamo la quistione con alcune distinzioni.

V. pure un arresto di rigetto del 13 giugno 1826 (1), nella specie del quale l'errore del donante era caduto sulla *qualità* del donatario, che il primo credeva figlio legittimo e suo nipote, mentrechè questo figlio si trovò di non esser altro che un bastardo adulterino. La donazione fu annullata.

113. Nei contratti sinallagmatici, l'errore che cade sull'*oggetto* dell'obbligazione di una parte, cade per questo stesso motivo sulla *causa* dell'obbligazione dell'altra, e rende in conseguenza il contratto nullo per entrambi gli aspetti. Per esempio, se credete di vendermi il tale cavallo, quando io intendo di comprare il tal altro, è chiaro di esservi nel tempo stesso errore sull'oggetto della vostra obbligazione ed errore sulla causa della mia; imperocchè io intesi di contrarla per avere questo e non quel cavallo (2).

—

(1) *Sirey*, 26, 1, 400.

(2) *Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mi-*

In tal caso, in cui l'errore cade sul *corpo* stesso dell' oggetto che forma la materia della convenzione, non vi è difficoltà a risolvere di esser nullo il contratto, purchè l' errore sia bene stabilito da chi lo allega; ed a questo riguardo le circostanze del fatto possono rischiarare il magistrato. Nel dubbio egli si pronunzierà contro il venditore, giacchè costui è tenuto a spiegar chiaramente a che mai si obbliga; per lo che ogni patto oscuro o ambiguo s' interpetra contro di lui; art. 1602 c. c. = *1448 ll. cc.* Ma tostochè siavi errore, il contratto dev'essere annullato, quando anche il venditore pretendesse che l'oggetto il quale egli intese di vendere valga più di quello che il compratore intese di comprare, ed in fatti valesse di più; giacchè non è quello che fu comprato: il consenso del compratore non fu dato per quest' oggetto. Altronde i corpi certi hanno spesso un prezzo di affezione che non si ritrova in un altro oggetto, benchè della medesima specie.

114. L' errore sull' oggetto cade necessariamente sulla *sostanza* stessa della cosa che costituisce la obbligazione; ma non avvi forse se non questo che sia errore sulla *sostanza*, nello spirito dell' art. 1110 c. c. = *1064 ll. cc.* ?

Nel linguaggio filosofico intendesi per *sostanza* un essere che *sussiste* per sè stesso, a differenza dell' *accidente*, il quale sussiste sol quando ade-

---

hi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est; l. 9 *princip.* ff. *de contrah. empt.*

risca ad un soggetto; e per tale riguardo la *sostanza* sarebbe l' essere medesimo, o l' oggetto. Ma in dritto questa parola ha diversi significati, secondo i diversi casi. Quindi talvolta la *sostanza* è nel tempo stesso la forma e la materia, in modo che se la forma cangia, la sostanza è per dir così distrutta. In tal senso Ulpiano adopera questa espressione nella l. 9, §. 3, ff. *ad exhibendum*, in cui dice che colui il quale senza mia approvazione abbia fuso un vaso di metallo che mi apparteneva, è tenuto dell' azione *ad exhibendum*, benchè rappresentasse la materia: *etenim, mutata forma, prope interemit substantiam rei.*

Parimenti secondo il giureconsulto Paolo, nella l. 18, §. *penul.*, ff. *de pignorat. act.*, la diversità della forma fa che l' oggetto si reputi di essere un' altra cosa, benchè sia la medesima materia; da ciò *legatum non durat quod in sua specie non permanet;* l. 6, §. 1, *in fine*, ff. *de auro legato.*

Al contrario quando sia conservata la forma, *res eadem existimatur*, quantunque la materia siasi totalmente cangiata, come un bastimento che fu spesso rattoppato (1).

Ma nei contratti, generalmente la *sostanza* della cosa s' intende pure della materia di cui questa

(1) *V.* del resto ciocchè dicemmo a proposito della *sostanza*, parlando della *specificazione*, tomo IV, n.° 448 e seguenti; dell'*usufrutto*, medesimo volume, n.° 678 e seguenti; e della *rivocazione de' legati*, tomo precedente, n.° 464.

*

cosa è formata: talmentechè l'errore sulla materia benchè non cada sull'oggetto stesso, sul corpo, vizia nondimeno il consenso, e si oppone in conseguenza alla validità del contratto.

Così, quando credendo io di comprare candelieri d'oro, mi si vendono candelieri di rame dorato, avvi errore sulla *sostanza*, quantunque io abbia inteso di comprare gli stessi oggetti. Non mi sono ingannato sul corpo, ma son caduto in errore sulla sostanza di questo corpo, sulla materia. Io credeva di comprare candelieri di oro, e non candelieri di rame. Avvi dunque un errore che vizia il mio consenso e rende nullo il contratto (1).

E perchè siavi luogo alla nullità, non è necessario che colui il quale mi vendè tali candelieri mi abbia ingannato sulla materia, ma basta d'esservi stato errore da parte mia; vie maggiormente se a questa circostanza siasi accoppiato il dolo del venditore, lo che in simil caso dovè facilmente avvenire, e lo che deve anche credersi se tali candelieri

---

(1) *Autem, nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur*; l. 9, *in fine*, e l. 14, ff. *de contrah. empt.*

Nelle stipulazioni del dritto romano, l'errore sull'oggetto, *in corpus*, ben viziava il contratto, ma l'errore che cadeva soltanto sulla *materia* non lo viziava, salvo i danni ed interessi del creditore, se il debitore lo aveva ingannato scientemente; l. 22, ff. *de verb. oblig.*

La ragione di differenza circa a tal punto fra la stipulazione e la vendita, si è che essendo la prima un contratto unilaterale, in cui per conseguenza il creditore non doveva dare o far cosa alcuna, gl'importava ancora di aver l'oggetto, quantunque la materia non fosse tale qual egli la credeva; in vece che nella vendita, siccome il compratore deve pagare il prezzo, val meglio per lui che la vendita sia nulla allorchè egli errò sulla materia.

mi sieno stati venduti da un negoziante di oggetti di questa specie, e mi avesse costui dichiarato che essi erano d' oro. Il prezzo e le altre circostanze della convenzione potrebbero del resto rischiarare il magistrato intorno al fatto di preteso errore.

Ma se i candelieri erano d' oro, la vendita sarebbe valida benchè fossero di una materia inferiore di qualità a quella che io comprandoli credeva; giacchè qui l' errore cadrebbe soltanto sulla qualità della materia e non sulla materia stessa (1); salvo nondimeno la mia indennità, ed anche in molti casi lo scioglimento del contratto, se il venditore mi avesse ingannato sulla carata dell' oro, e la differenza fosse considerevole.

115. L' errore il quale cada sul nome soltanto dell' oggetto non dà luogo alla nullità. *Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio quin valeat emptio et venditio; nihil enim facit error nominis cum de corpore constat*; *l.* 9, §. 1, ff. *de contrah. empt.*

116. Quello che cade sulla *qualità* della cosa non dà luogo in generale all' annullamento del contratto: ma se la cattiva qualità degenera in *vizii*, allora bisogna distinguere:

Se tali vizii sieno apparenti ed il compratore abbia potuto da sè stesso conoscerli, non può dolersi dell' errore in cui pretendesse di essere caduto sulla qualità della cosa (art. 1642 c. c. = *1488 ll. cc.*);

(1) L. 10, ff. *de contrah. empt.*

e quando anche il venditore, come comunemente avviene, gli avesse detto che tali vizii erano senza conseguenza, il compratore non potrebbe affacciare alcun reclamo, tranne nondimeno se il venditore si fosse specialmente renduto garante de' vizii (1).

Ma se i vizii sieno occulti, e se rendano la cosa inatta all'uso cui fosse destinata, o diminuisca talmente quest'uso, che il compratore se avesse conosciuti siffatti vizii non l'avrebbe acquistata, avvi luogo allo scioglimento del contratto o ad una diminuzione di prezzo, a scelta del compratore (art. 1641 e 1644 c. c. = *1487 e 1490 ll. cc.* insiem combinati), quando anche il venditore gli avesse ignorati, eccettochè se avesse stipulato di non essere in tal caso tenuto ad alcuna garantia; art. 1643 c. c. = *1489 ll. cc.*

Gli art. 1641 e 1644 confrontati tra loro conferiscono anche all'acquirente il dritto di far annullare la vendita nel caso in cui i vizii occulti non gli avessero impedito di comprare, ma soltanto di darne lo stesso prezzo; il che non sembra ragionevole, giacchè il compratore dovrebbe soltanto poter dimandare una diminuzione del prezzo. Del resto non è questo il momento di discutere tal punto.

Queste disposizioni si applicano puranche al contratto di permuta (art. 1707 c. c. = *1553 ll. cc.*), e si applicherebbero ugualmente agli altri contratti sinallagmatici, nei quali una delle parti trasferisse

---

(1) L. 19, *princip.* ff. *de ædil. edict.*

la proprietà di una cosa all'altra perchè questa *facesse* qualche cosa per lei.

I vizii di cui abbiam parlato si chiamono *redibitorii*, giacchè danno al compratore il dritto di costringere il venditore a *riprendere* (1) la cosa.

L'azione che ne risulta deve proporsi dal compratore fra un breve termine, secondo la qualità de' vizii redibitorii e la consuetudine del luogo dove è stata fatta la vendita; art. 1648 c. c. = *1494 ll. cc.*

Ma quest'azione non ha luogo nelle vendite giudiziarie; art. 1649 c. c. = *1495 ll. cc.*

E non ha luogo che nelle vendite di cose corporali; per cui l'editto degli Edili, le cui disposizioni son riprodotte per massima negli art. 1641 e seguenti c. c. = *1487 ll. cc.*, si applicavano soltanto alle cose di questa specie. Circa ai dritti o cose incorporali, si osservano le regole stabilite negli art. 1693 e seguenti c. c. = *1539 ll. cc.* Talmentechè l'errore in cui l'acquirente o cessionario di un credito fosse caduto circa alla solvibilità del debitore non lo autorizzerebbe a dimandare lo scioglimento del contratto.

Nondimeno nel caso di delegazione l'errore in cui era il creditore sullo stato di fallimento o decozione del delegato all'istante della delegazione, gli dà il dritto di rivolgersi contra il debitore da lui liberato; art. 1276 c. c. = *1230 ll. cc.* E vi sono

(1) *Redhibitio dicta est quasi redditio:* Ulpiano nella l. 21, ff. *de ædil. edict.*

forse taluni altri casi ancora nei quali l' errore intorno all'attuale solvibilità della persona contra cui si accetta un dritto o credito, può dar luogo ad un regresso, o anche allo scioglimento del contratto. Parleremo di questi casi a misura che si presenteranno.

117. Allorchè l'errore cada soltanto sul valore della cosa, costituisce ciocchè chiamasi la *lesione*. Ne parleremo in appresso.

118. Quando si raggiri sulla natura della convenzione, per esempio allorchè io credo di comprare e voi credete soltanto di affittare o dare in prestito, non avvi consenso, non contratto, quantunque altronde vi sia accordo sulla cosa. Ma si comprende che non potrebbe taluno prevalersi di una espressione la quale fosse incorsa nell' atto e che non convenisse al complesso della convenzione, per pretendere che vi sia errore, che s' intese di formare una compra e non già una locazione, o *vice versa*. Converrebbe che l'errore fosse dimostrato dal tenore generale delle disposizioni dell' atto e dalle circostanze della convenzione, per esempio, dalle proposte che si fossero fatte da una parte o dall' altra prima del contratto, e soprattutto dall' importanza relativa del prezzo.

119. Allorchè l' errore cada sulla *persona* colla quale siasi contrattato, è una causa di nullità, abbiam detto, sol quando la convenzione siasi fatta in considerazione di un' altra persona colla quale credevasi di contrattare; art. 1110 c. c. = 1064 *ll. cc.*

L'errore sulla persona nel matrimonio e nelle transazioni vizia il contratto; art. 180 e 2053 c. c. = *1925 ll. cc.*

Vizia pure il contratto in altri casi, come quando per un'opera d'arte che richiede un talento particolare, e creda taluno di contrattare con la tale persona, si trova di aver contrattato con un'altra, non monta se dello stesso nome o d'un nome diverso. A cagion d'esempio, se credendo io di contrattare con Paolo, il quale è abile architetto o pittore, per farmi il disegno di un edifizio o un quadro, mi trovo, per un concorso di circostanze le quali m'indussero in errore, di aver contrattato con persona diversa da quella che io aveva in mira, in tal caso ed altri simili il contratto è nullo se io giunga a stabilire chiaramente di essermi ingannato sulla persona colla quale ho contrattato, quando anche avesse altrettanto e maggior abilità di quella colla quale io credeva di farlo; imperocchè l'ingegno degli artisti ha un prezzo di affezione il quale è ordinariamente la principale causa de' contratti che si fanno con essi per gli oggetti dell'arte loro.

120. Devesi dir lo stesso nelle donazioni quando l'errore cada sulla persona del donatario; imperocchè le donazioni sono generalmente fatte in considerazione della persona rimunerata. Si considera per lo più la parentela o altri legami, o riguardansi i servizii renduti, con cui si brama di affezionarsi qualcuno con la gratitudine e l'amicizia: la benevolenza è generalmente determinata da tali motivi, ed in ciò

differisce dalla carità, la quale si esercita pel piacere di essere utile ai suoi simili, e per adempiere ai doveri della religione ed ai precetti dell'umanità. L'errore sulla persona del donatario è dunque una causa di nullità, ed avvien lo stesso dell'errore sulla persona del legatario, nonchè di quello che cade sulle qualità del donatario o legatario allorchè tali qualità abbiano determinato la donazione o il legato. Ma questi casi appartengono a quelli dell'errore sulla *causa*, di cui abbiamo di sopra parlato, n.° 112.

121. Avvi ugualmente errore di natura tale da viziare il contratto, almeno in generale, allorchè credendo di fare un contratto di società con la tale persona, io contratti con un' altra; giacchè puranche nella scelta di un socio la considerazione della persona è ordinariamente la causa principale del contratto: ed in fatti si considera la sua buona condotta e la sua probità, la riputazione, il credito, l'industria e la fortuna sua. Ma queste considerazioni sono ordinariamente meno importanti nelle società dette *in partecipazione*; per cui l'errore intorno alla persona colla quale si fosse formato un contratto di questa specie non sarebbe ordinariamente una causa bastante per farlo annullare: ciò dipenderebbe molto dalle circostanze della convenzione.

122. E nelle locazioni d' opera in cui la particolare abilità della persona non è ciò che induce principalmente a contrattar seco, giacchè l' opera può essere parimenti fatta da un altro individuo,

l' errore sulla persona colla quale si contrattò non è una ragione sufficiente per annullare il contratto, A cagion d' esempio, quando credendo io di contrattare con Paolo, vetturale, per condurmi cento carri di terriccio nella mia vigna, mi trovo di aver contrattato con Giovanni, il quale può parimenti eseguire il contratto, non posso allegare il mio errore per farlo annullare, giacchè non ho interesse alcuno a dolermi. Dichiarando il Codice (art. 1237 c. c. = *1190 ll. cc.*) che l' obbligazione di fare non può adempiersi da un terzo contra la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempinta dal debitore medesimo, suppone con ciò di esservi casi in cui in queste specie di obbligazioni, ed in conseguenza nelle locazioni d' opera, il creditore non abbia tale interesse. In tali medesimi casi, l' errore intorno alla persona colla quale si contrattò non sarebbe dunque una causa di nullità, giacchè non fu la causa principale della convenzione.

123. E generalmente nella locazione delle cose, nelle compre vendite, l' errore in cui fosse taluno caduto sulla *persona* colla quale abbia contrattato nettampoco annullerebbe il contratto, soprattutto se questa persona desse le sicurtà senza cui puossi ragionevolmente supporre che l' altra parte non avrebbe seco contrattato, se non fosse stata in errore. Simili casi del resto sono lasciati alla prudenza del magistrato, il quale si deciderebbe in vista di tutte le circostanze della convenzione, e specialmente a seconda della maggiore o minor

buona fede della persona sulla quale è caduto l'errore; giacchè in questi casi è unicamente un punto di fatto da decidersi il conoscere se la considerazione della persona con cui si ebbe intenzione di contrattare sia stata oppur no la causa principale della convenzione conchiusa con un' altra.

124. Ma il magistrato non ha questo potere discrezionale nel caso di matrimonio, nè in quello di transazione. Quantevolte vi sia stato errore sulla persona (1), e questo errore sia stabilito in fatto, e lo ha egli riconosciuto, non può più dispensarsi dal pronunziare la nullità, giacchè in questi casi la legge stessa la pronuncia; art. 180 e 2053 c. c. = *1925 ll. cc.* Le disposizioni della legge sarebbero dunque manifestamente violate se il magistrato dichiarasse che la considerazione della persona non fu in questi casi la causa principale del contratto, e se in conseguenza lo mantenesse come valido: la sua decisione sarebbe necessariamente riformata dalla Corte suprema. Il suo potere in tali medesimi casi si limita a vedere se vi sia stata oppur no errore nella persona; e lo scioglimento affermativo di tal quistione di fatto produce lo scioglimento di quella di dritto, che il contratto è nullo.

125. Circa all' errore sul *nome* della persona colla quale si contrattò, allorchè altronde non vi

(1) *V.* nel tomo II, n.o 55 e seguenti, quanto dicemmo sulla nullità del matrimonio per causa di errore nella persona, e ciocchè devesi intendere per *errore nella persona.*

sia errore sulla persona stessa, è chiaro che non è questo un motivo di annullar il contratto.

126. Ma l'errore sulla *qualità* della persona è una causa di nullità quando il contratto sia avvenuto in considerazione di tale qualità. Così io fo con Paolo, che credo erede di Pietro, ed il quale non lo è, ma ha soltanto usurpato il titolo di erede, una transazione sopra una controversia che esisteva tra Pietro e me: non avvi errore sulla *persona*, giacchè appunto con Paolo io credeva di contrattare; ma vi è errore sulla *qualità*, in ragion della quale io voleva contrattar seco. La transazione difetta perciò per mancanza di causa, non veramente in modo assoluto, ma in modo relativo, poichè non doveva io contrattare con Paolo per riguardo a questa controversia; ed il vero erede non potrà anche invocare tale transazione, nè io potrei opporgliela, giacchè non contrattai seco. Le convenzioni in generale sono senza effetto riguardo a coloro che non vi furono parti; art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.* Così dispone su questi punti la legge 3, §. 2, ff. *de transactionibus.*

Nel tomo VII, n.° 553 a 558, diamo l'esempio di un caso analogo, in cui l'errore cade similmente sulla *qualità* della persona colla quale si fece l'atto, piuttostochè sulla persona stessa, ed in cui esso rende nullo ciocchè siasi fatto, quando anche fosse per errore di dritto; talmentechè la parte che errò ha puramente e semplicemente l'azione per rivendicazione, o per ripetizione delle cose da essa

rilasciate, senza essere in obbligo, a parer nostro almeno, di agire per rescissione dell' atto fra dieci anni: è questo il caso in cui io abbia diviso una eredità con un individuo, credendolo mio coerede, mentrechè era estraneo alla successione. Allora ciocchè siasi fatto è nullo, come fatto senza causa, o per una causa falsa, che vale lo stesso; giacchè non può esservi divisione di eredità che fra coeredi, come osserva il giureconsulto Paolo nella l. 36, ff. *familiæ erciscundæ* (1).

127. Il Codice contiene soltanto due disposizioni riguardanti l'errore di dritto: una è quella dell' art. 1356 c. c. = *1310 ll. cc.* il quale prescrive che la confessione giudiziaria non può essere ritrattata sotto pretesto di errore di dritto, ma soltanto per errore di fatto.

L'altra è quella dell'art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.*, secondo il quale le transazioni hanno fra le parti l'autorità della cosa giudicata inappellabilmente, e non possono impugnarsi per causa di lesione, nè per causa di errore di dritto.

Ma il Codice non dichiara espressamente se l'obbligazione che non abbia alcuna causa legittima o naturale, e che fu contratta sol per errore di dritto sia valida; e se possa oppur no ripetersi il pagamento il quale venne fatto per conseguenza di un errore di simil natura.

Adduciamo l'esempio dell'una e l'altra quistio-

(1) *V.* pure *infra*, n.° 128, in cui citiamo la decisione della Corte di Besanzone, che confutiamo nondimeno per un riguardo.

ne. Il debitore di un corpo certo, *puta* del tale cavallo, il quale sia perito per caso meramente fortuito, e prima di esser posto in mora, si è obbligato, nell'ignoranza della legge che lo liberava, (art. 1234 e 1302 c. c. = *1187 1256 ll. cc.*) a pagare al creditore la somma di trecento franchi in vece del cavallo, ovvero gli ha pagato questa somma.

Oppure eziandio, un erede del debitore di una data somma, ignorando la disposizione della legge che divide i debiti fra gli eredi nella proporzione della parte ereditaria di ciascun di essi (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*), si è obbligato verso il creditore a pagargli tutto il debito, o glielo ha effettivamente pagato.

Da tutte le circostanze del fatto e dalla qualità del debitore, uom rustico e perfettamente ignaro della scienza del dritto, è altronde perfettamente stabilito che per mera ignoranza della legge ha egli contratto l'obbligo o pagata la somma; che niuna ragione particolare ha potuto indurlo ad obbligarsi o a pagare, se non che si è creduto indebitamente obbligato a pagare il cavallo, o a pagare l'intero debito; in somma l'obbligazione o il pagamento altra causa non ha avuto che un errore di dritto.

Si è preteso (1) che in questi casi vi sia valida obbligazione; e secondo la stessa dottrina, il pa-

(1) Delvincourt, nel suo *Corso di Codice civile.*

gamento che si fosse fatto, vie maggiormente non sarebbe soggetto a ripetizione; giacchè la ripetizione in generale è accordata assai più difficilmente dell' eccezione per rifiutarsi a pagare.

Si dà per fondamento a questo parere che, secondo il Codice, le transazioni non possono rescindersi per causa di errore di dritto, e che la confessione giudiziaria vien ritrattata per errore di tal natura.

Ma ciò che dispone il Codice riguardo alla confessione giudiziaria ed alle transazioni non potrebbe porgere alcun sostegno a questa opinione (a); anzi l'opposto, poichè le sue disposizioni a tal riguardo sarebbero inutili se, secondo l' art. 1110 c. c. = *1064 ll. cc.*, non fosse regola generale che vigente il Codice l' errore di dritto può invocarsi come l' errore di fatto, quando le obbligazioni o i pagamenti non abbiano alcuna causa fondata in dritto o in equità.

Altronde avvi sì gran differenza fra i casi della confessione o della transazione fatta o contratta per errore di dritto, ed un' obbligazione o pagamento che non abbia altra causa se non un errore di simil natura, che basta di denotarlo, per dimostrare che non devesi allegare ciocchè è deciso su questi casi per risolvere gli altri.

In fatti semplicissima è la ragione per cui la confessione non può ritrattarsi sotto pretesto di essersi fatta per effetto di un errore di dritto: l' errore qui non distrugge la verità del fatto confes-

(a) *V.* la seguente nota al n.° 128 Trad.

sato, poichè non è che un' ignoranza della legge, come si suppone; e questa confessione non produce per sè stessa un obbligo a carico di chi l' ha fatta, ma stabilisce soltanto un fatto relativo ad un' obbligazione già esistente; è unicamente una pruova di un fatto vero, che più non può ormai rivocarsi in dubbio. Per esempio, se invece di opporre la prescrizione di sei mesi o di un anno sulla dimanda per pagamento di una somministrazione fattami, io confessi di aver ricevuto la somministrazione e di non averla pagata, non posso di poi rivenir contra la mia confessione e ritrattarla, sotto pretesto che io ignorava la legge la quale mi autorizzava ad invocar la prescrizione nonche la disposizione dell' art. 2275 c. c. = *2181 ll. cc.*, il quale non permette a coloro che hanno riconosciuto il debito di opporre questo mezzo di liberazione. Imperocchè siccome la prescrizione in questo caso è unicamente basata sulla presunzione di pagamento, la mia confessione ha distrutta tale presunzione. Non avvi dunque alcuna parità tra questa confessione ed un' obbligazione o un pagamento che non ha in realtà alcuna causa, che è basato sopra un errore di dritto, giacchè un' errore, qualunque esso sia, non può essere una causa delle obbligazioni o de' pagamenti, ed è altronde contrario al consenso (l. 15, ff. *de jurisdictione*); la quale doppia ragione, secondo l'art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*, si oppone alla validità della convenzione, poichè in ogni convenzione vi vuole il con-

senso ed una causa. Or nei due suddetti casi l'obbligazione o il pagamento sono in realtà senza causa, nè furono il risultamento di un valido consenso.

E circa alla transazione, siccome essa ha per oggetto di prevenire un giudizio o di porvi termine, la parte che l'abbia fatta credendo che la legge l'era contraria, allorchè l'era favorevole, o che aveva dubbii a tale riguardo, non può rivenire contra un atto che le ha procurato la tranquillità, e che per questo riguardo aveva una causa sufficiente (1). Altronde tuttociò ch'è sottoposto ad essere risoluto dagli uomini essendo incerto, questa parte potè ragionevolmente preferire ciò che la transazione le assicurava, a ciò che il primo atto le prometteva o sembrava di prometterle. Adunque non avvi ancora alcuna parità fra la transazione fatta per errore di dritto, ed un'obbligazione o un pagamento il quale non ebbe altra causa che un errore di questa natura.

Per convincersene maggiormente, basta consultare le massime e le disposizioni del dritto romano su questi diversi casi. Ed in fatti si vedrà che la confessione non può rivocarsi sotto pretesto di essere stato effetto di un errore di dritto. La l. 2, ff. *de confessis*, ne contiene la espressa disposizione. Si vedrà pure che le transazioni non possono impugnarsi per questo motivo (l. 23. Cod. *de transat.*), e che quel

---

(1) *V.* l'arresto di cassazione del 22 luglio 1811; *Sirey*, 1812, 1, 41. Denevers tomo X, pag. 1.

che siesi pagato *transactionis causa* non può ripetersi, quando anche il pagamento sia avvenuto per effetto di una ignoranza della legge ch' era favorevole a chi pagò, mentrechè credeva di essergli contraria; l. 65, §. 1, ff. *de condict. indeb.*, e l. 6, Cod. *de juris et facti ignor.*

Ma quando si giungerà alle obbligazioni contratte per errore, anche di dritto, ai pagamenti di cose che non erano dovute nè civilmente nè naturalmente, allora si vedrà che le obbligazioni sono nulle, come sfornite di legittima causa, e che i pagamenti vanno soggetti a ripetizione, come indebitamente fatti.

Tanto dichiara espressamente Papiniano, nelle ll. 7 e 8, ff. *de juris et facti ignor*: *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; juris autem error nec fœminis in compendiis prodest: cæterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

Quindi, secondo Papiniano, l' errore di fatto non nuoce ad alcuno, a quelli che sono reputati di conoscere il dritto, viemeno che a quelli i quali nella legislazione romana si stimano d' ignorarlo, come le donne, i minori di anni venticinque, i militari e le persone di campagna. Chi sia caduto in errore di simil natura può farsene restituire, sia che con ciò avesse soltanto mancato di acquistare,

sia che avesse fatto una perdita effettiva, o diminuito il suo patrimonio.

Circa all' errore di *dritto*, nettampoco, secondo quel giureconsulto, è un ostacolo a chiunque per ricuperare ciocchè siasi perduto in conseguenza di tale errore; soltanto se siasi mancato di acquistare per ignoranza del dritto, non è permesso di dolersene.

Segue da ciò che l' erede il quale per ignoranza del dritto aveva soddisfatto legati senza far la ritenuta cui la legge *falcidia* autorizzavalo, non poteva ripetere ciocchè erasi da lui pagato oltre ciò chè questa legge stabiliva (1); giacchè non aveva mancato che di guadagnare. Mentrechè se avesse pagato soverchio per errore di fatto o di calcolo, avrebbe potuto ripetere l' eccedente (2).

128. In verità i dottori, generalmente di accordo di essere affatto nulla un' obbligazione contratta senza causa ed unicamente per errore di dritto, non sono ugualmente unanimi sulla quistione se ciò che siasi pagato per effetto di tale errore, senza che vi fosse un' obbligazione, almeno naturale, possa oppur no ripetersi.

Vinnio, *ad Instit.* §. 6, *de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.*, sostiene l'affermativa, ed il suo sentimento ha moltissimi partigiani: in ispecie il Cancelliere d' Aguesseau, il quale discusse la quistione nel tomo V delle sue Opere, pag. 475, ed i Profes-

---

(1) L. 9, §. 5, ff. *de juris et facti ignor.* e l. 9, Cod. *ad legem falcidiam.*

(2) Medesima l. 9 *ad leg. falcidiam.*

sori di Lovanio, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *de condict. indeb*; i quali la discutono del pari estesamente.

Voet al contrario, *ad Pandect.*, tit. *de condict. indebit.*, e Perezio, *ad Codicem, eodem tit.*, pretendono di non esservi luogo a ripetere il pagamento. Essi adducono principalmente la l. 10 nel Cod., *de juris et facti ignorantia*, la quale in realtà dispone di non potersi ripetere il pagamento fatto da chi ignorava il dritto, di una somma che non doveva; a differenza del caso in cui questo pagamento fosse avvenuto in conseguenza di errore di fatto: *cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.*

Ma questa legge è un semplice rescritto, emesso in una specie la quale non è riferita; talmentechè ogni cosa induce a credere, come l'osserva Vinnio, che vi era qualche obbligazione di equità, come quella di pagare un legato o un fedecommesso lasciato in modo irregolare, e che ciò appunto fu di ostacolo alla ripetizione. In fatti senza di ciò gl' imperatori Costantino e Massimiliano, autori del rescritto, non avrebbero potuto dire con qualche ragione a colui al quale rispondevano, che egli ben sapeva che l'errore di fatto soltanto, e non l'errore di dritto, dava luogo alla ripetizione del pagamento indebitamente eseguito, poichè secondo la sentenza di Papiniano nelle precitate leg-

gi 7 e 8, le quali formavano la regola generale, l'errore di dritto al contrario non fa perdere ad alcuno i suoi beni; e perciò non è un ostacolo a ripetere ciocchè siesi senza causa pagato.

La Corte di Tolosa giudicò parecchie volte, come ce lo insegna essa medesima con sua decisione del 19 gennaio 1824 (*Sirey*, 1824, 2, 115), che nelle massime del Codice civile può allegarsi l'errore di dritto, al pari dell'errore di fatto, per ricuperare ciocchè siasi in conseguenza di esso pagato o rilasciato indebitamente altrui. Vieppiù può essere allegato allorchè trattisi semplicemente di proibire a sè medesimo di soddisfare una promessa la quale non abbia altra causa che l'errore.

La Corte di Bensanzone giudicò nel medesimo senso con sua decisione del primo marzo 1827; *Sirey*, 27, 2, 141 (1).

---

(1) Nella specie trattavasi di una divisione in cui per errore di dritto eransi ammessi individui i quali non venivano chiamati dalla legge nè dalla volontà dell'uomo ad intervenirvi, cugini germani del defunto con sua zia, come se avessero avuto il dritto di rappresentare il loro padre, premorto. La Corte riconobbe per massima che la divisione era nulla, ma si determinò nondimeno a rigettar la dimanda in forma di mezzo d'inamessibilità, desunto dacchè l'azione per nullità o per rescissione non erasi esercitata fra dieci anni dal dì che si era scoverto l'errore. Per tal riguardo la dottrina della Corte è in opposizione con quella da noi emessa nel tomo VII, n.º 556, che rimembriamo di sopra, n.º 126, ed in cui diciamo che in questo caso non si tratta se non di un'azione *per ripetizione di ciò che siasi rilasciato o pagato per errore*, la quale azione dura il termine ordinario, che puossi escludere questo preteso atto di divisione, il quale ne ha solo il nome, attesochè non potrebbe esservi divisione che fra coeredi.

Infine la Corte suprema decise la quistione *in terminis*, a quanto sembra, con arresto di cassazione del 24 gennaio 1827 (*Sirey*, 27, 1, 350), giudicando che il pagamento il quale altra causa non ebbe che un errore di dritto è in realtà senza causa e puossi ripetere, parimenti che se fosse avvenuto per errore di fatto, attesochè gli art. 1235 e 1377 c. c. = *1188 e 1331 ll. cc.* non distinguono circa alle specie di errore avvenuto, come lo fanno gli art. 1356 e 2052 c. c. = *1310 e 1924 ll. cc.*

Applicando queste massime ai due esempii arrecati più sopra, ci sembra dimostrato che l' obbligazione sia nulla per mancanza di causa, e che il pagamento vada soggetto a ripetizione.

Il Codice richiede che ogni obbligazione abbia una causa, e sia contratta per effetto di puro e libero consenso: adunque annulla quelle che sieno senza causa o sopra una falsa causa; art. 1131

Del resto la Corte giudicò, come noi dichiarammo nel medesimo volume, n. 558, e come lo decise la Corte suprema con arresto di cassazione del 26 luglio 1825, citato nel medesimo luogo, che quando l' azione di rescissione per causa di errore sia ntentata dopo dieci anni dal giorno dell'atto, spetta all' attore per rescissione il provare di aver conosciuto l' errore da meno di anni dieci, ed in conseguenza di essere ancora nel termine utile per agire; ed appunto perchè nella specie l' attrice per rescissione della divisione non giustificava di aver scoverto l' errore da meno di dieci anni, la Corte di Besanzone rigettò la dimanda, come inamessibile. Infatti l' attore essendo reo convenuto nel mezzo di prescrizione invocato contro di lui, deve per questo stesso motivo provare la sua eccezione, cioè il fatto il quale impedì che decorresse il termine, secondo quella regola di dritto, *qui excipit fit actor, et onus probandi incumbit ei qui dicit.*

c. c. = *1085 ll. cc.* Or l'errore in cui sia caduto chi si obbligò non diè una causa alla sua obbligazione sol perchè questo errore era di dritto; cio è impossibile: l'obbligazione rimane sempre senza causa (a).

Il Codice autorizza pure a ripetere ciò che siesi pagato senza essere dovuto, e non distingue a tal riguardo tra il caso in cui il pagamento sia avvenuto per errore di dritto, ed il caso in cui abbia avuto luogo per errore di fatto, benchè ponga benissimo questa distinzione in materia di confessione giudiziaria e di transazione: soltanto non permette di ripetersi ciocchè siasi volontariamente pagato per soddisfare un'obbligazione naturale (art.

(a) In effetti il legislatore permette cogli art. 29 e 51 della legge de' 27 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo per la restituzione dell'indebito senza alcuna distinzione, il sequestro finanche dei danari pervenienti dalle percezioni pubbliche. L'indebito può, a cagion di esempio, consistere nelle multe, che secondo la disposizione dell'art. 10 del decreto dei 7 novembre 1826, debbonsi restituire, o nei dritti di registri indebitamente pagati, e dei quali, ai termini degli art. 69, 70, e 104 della legge de' 21 giugno 1829 sul registro, puossi anche chiedere la restituzione.

Lo stesso è da dirsi per la restituzione delle vacazioni, o compensi che, ai termini degli articoli 42 e 132 del decreto dei 31 agosto 1819, e dell'art. 52 del decreto dei 12 agosto 1827, siansi indebitamente esatti.

Si osservi *Merlin* nel suo *Repertorio*, parola *Ignoranza*, il cui parere è uniforme ai principii spiegati dal nostro autore, sebbene nella decisione dei 3 maggio 1814 nella causa tra il Conte di *Sinopoli e Balzamo* dell'abolita nostra Corte di Cassazione, e nella decisione dei 12 agosto 1823 nella causa tra *Romano* e *Gaillard* della nostra Corte Suprema di giustizia, sembraci di essersi ammessa l'azione della restituzione dell'indebito pel solo errore di fatto, e non già per l'errore di dritto. Trad.

1235 e 1376 c. c. = *1188 e 1330 ll. cc.*); ma nei casi supposti non vi era obbligazione naturale: il debitore del cavallo era pienamente liberato per effetto della perdita di questo cavallo, avvenuta per caso meramente fortuito, e prima ch'egli fosse in mora di consegnarlo; l' erede in parte soltanto non doveva le porzioni de' suoi coeredi nel debito, e non con cognizione di causa volle egli obbligarsi a pagarle per via di novazione: la novazione non si presume, ma bisogna che la volontà di oprarla risulti chiaramente dall' atto; art. 1273 c. c. = *1227 ll. cc.* Ciò è particolarmente vero soprattutto quando taluno si addossi il debito di un altro: percui la semplice fideiussione non si presume; art. 2015 c. c. = *1887 ll. cc.* Altronde noi ragioniamo col supporre un' obbligazione o un pagamento riconosciuto, dietro tutte le circostanze della causa, di essere avvenuto unicamente per errore di dritto, e fuori il caso di controversia o di litigio fra le parti; imperocchè se la perdita del cavallo avesse dato luogo ad una controversia sul modo onde avvenne, ed il debitore il quale non poteva forse giustificar facilmente il caso fortuito, o a cui il creditore rimproverava di non aver posta bastante cura in conservare la cosa dovuta, si fosse obbligato a pagare o avesse pagato una data somma a fine di rimaner liberato, ammettiamo allora senza ostacolo che l' obbligazione ed il pagamento sarebbero validissimi, giacchè evidentemente sarebbero avvenuti *transactionis causa*, ed avrebbero

avuto in conseguenza una causa sufficiente e legittima, quella di prevenire o di estinguere una lite.

129. Del pari allorchè troveremo nell' obbligazione o nel pagamento una causa attinta dalle regole dell'equità naturale, considereremo questa obbligazione e questo pagamento come validi, non ostante l' allegazione dell' errore di dritto. E tanto giudicò la Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, con arresto del 17 gennaio 1809; *Sirey* 1809, 1, 215.

Si potrebbe anche conchiudere dall' ultimo motivo di tale arresto, che l' errore di cui parlano gli art. 1109 e 1110 c. c. = *1063 e 1064 ll. cc.* sia l'errore di fatto e non l' errore di dritto, e per questo riguardo l' arresto confuterebbe la dottrina da noi pocanzi addotta; ma, come benissimo osserva Favard de Langlade, il quale è del parer nostro sopra questi punti (1), non devesi isolare tale motivo dalla specie in cui fu profferito l' arresto. Trattavasi di un prete rientrato in Francia in virtù del senatoconsulto del 6 fiorile anno X, e che reclamava i proprii beni da suo nipote, al quale erano stati trasmessi con ordinanza dell' amministrazione. Le parti fecero un compromesso, e gli arbitri restituirono al prete il possesso de' suoi beni. Il nipote allora dimandò che si dichiarasse nullo il compromesso, come essendo stato sottoscritto da parte sua per effetto di un errore di

---

(1) *V.* il suo *Repertorio*, v. *errore*, n.° 4.

dritto, giacchè l'ordinanza dell'amministrazione gli aveva effettivamente conferito, in virtù della legislazione allora esistente, la proprietà irrevocabile de' beni in quistione. Guadagnò la causa in prima istanza, ma in grado di appello la Corte di Rouen rivocò con decisione del 3 marzo 1817, e prodottosi ricorso per cassazione, tale decisione fu confermata: « Attesochè (fra gli altri consideran-« di) il ricorrente ebbe motivi bastanti per de-« terminarsi a firmare il compromesso, nella de-« licatezza e rispetto per la pubblica opinione, in-« dipendentemente da ogni altra considerazione. »

130. Per applicazione di quanto si è detto, non essere soggetto a ripetizione quello che sia pagato *transactionis causa*, devesi opinar parimenti che quando anche una sentenza di prima istanza abbia acquistato la forza di cosa giudicata sol per la esecuzione delle parti, queste parti non sono ammesse a farla riformare (a) sotto pretesto che vi aderirono per errore di dritto. Questo errore non vizia l'acquiescenza: l'incertezza sull'esito finale del giudizio n'era una causa sufficiente (1).

131. L'azione per ricupero degl'immobili venduti o ceduti in virtù di contratti viziosi per causa di errore, può essere sperimentata pure contra i

---

(a) Però l'errore di calcolo si può rettificare dagli stessi giudici ai termini dell'art. 1930 delle leggi civili, dell'art. 624 delle leggi di procedura civile, e dell'art. 10 del regolamento annesso al decreto dei 6 marzo 1828. TRAD.

(1) Decisione della Corte di Bordò, del 15 messidoro anno XIII; *Sirey*, 7, 2, 941.

terzi detentori in buona fede, facendo giudicare preliminarmente sulla rescissione del contratto con la parte contraente; il che può nondimeno aver luogo nel medesimo giudizio, chiamandovi i terzi per sentir dichiarare comune con essi la sentenza.

Invano i terzi direbbero che essi non debbono soffrire per l'errore commesso da chi contro di loro procede (1); imperocchè il Codice dichiara positivamente, *che non vi è valido consenso quando siasi dato per errore* (art. 1109 c. c. = *1063 ll. cc.*): or se non vi è valido consenso, non avvi valido contratto o alienazione, e la parte che contrattò con chi cadde in errore non potè trasmettere ad altri maggiori dritti di quelli che essa medesima aveva: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Circa alle ipoteche che si fossero concesse sui beni da questa medesima parte, l'art. 2125 c. c. = *2011 ll. cc.* è espresso, dichiarando in modo generale che colui il quale non aveva altro che un dritto soggetto ad essere risoluto, non potè contrarre che una ipoteca soggetta alla stessa rescissione. E circa alle alienazioni, l'art. 2182 c. c. = *2076 ll. cc.* non è meno positivo; esso dispone che il venditore non altro trasmette

---

(1) Nondimeno nel tomo VII, n.° 558 nota 2, esprimemmo l'opinione nel caso trattatovi che non si avrebbe dovuto aver dritto di sperimentare contra i terzi detentori in buona fede l'azione per effetto dell'errore; ma ne è motivo che nella specie vi erano circostanze particolari, soprattutto l'attore per rescissione era quello il quale aveva promessa la divisione e che l'aveva fatta per errore di dritto.

all'acquirente se non la proprietà ed i dritti ch'egli stesso aveva sulla cosa venduta..... Infine anche nel caso di vendita fatta con lesione enorme pel venditore, ed in cui per conseguenza questi deve vieppiù ascrivere a sua colpa di aver contrattato, l'azione ha pur luogo contro i terzi possessori; art. 1601 c. c. = *1447 ll. cc.* Si opporrà forse che, giusta le regole del dritto romano, seguite nella nostra antica giurisprudenza circa a tal punto, il pagamento fatto per errore non dava luogo ad altro che ad una semplice azione personale, *condictio indebiti*, per ripetere ciocchè erasi pagato indebitamente; che non vi era azione contra i terzi acquirenti o detentori delle cose indebitamente pagate. Ciò è vero, ma n'è motivo che nel caso del pagamento fatto per errore, l'errore cade soltanto sulla causa per la quale avvenne il pagamento, e non sul fatto del pagamento stesso, o della cosa data in pagamento; talmentechè è vero il dire che colui il quale pagò volle conferire all'altra parte la proprietà della cosa pagata, il che bastò per conferirgliela in fatti, salvo l'azione per ripetizione, perchè quest'altra parte non si arricchisca a spese sue; ma poichè essa era divenuta proprietaria della cosa per effetto del pagamento, potè dunque trasferire a volta sua la proprietà dell'oggetto ricevuto. Tali erano almeno le ragioni che avevano determinato i giureconsulti romani a non dar altro in questo caso che un'azione *personale* contro colui al quale questo pagamento erasi fatto male

a proposito, e contra i suoi eredi. In vece che nel caso di un contratto nullo per causa di errore, non vi era alienazione, e la tradizione seguitane veniva considerata qual nuda tradizione, e come tale era inefficace: *numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur;* l. 31, *princip.* ff. *de adquir. rerum domin.*

Queste distinzioni erano al certo assai sottili, per non dir di più; imperciocchè nel caso di pagamento fatto per errore, bastava per dir che la proprietà era trasferita (salvo l' azione personale per ripetizione) la semplice opinione sulla esistenza di una causa in ragion della quale era avvenuto questo pagamento, talmente che la causa *putativa* faceva le veci di causa reale. Al contrario nel caso di errore di natura tale da viziare il contratto, questo contratto era nullo, e la tradizione dell'oggetto che erasene fatta coerentemente veniva considerata come quella che non aveva trasferita la proprietà della cosa, quantunque si potesse dire benanche in tal caso di essersi fatta la tradizione senza causa (poichè la causa era falsa), ed essere avvenuto il pagamento colla mira di conferir la proprietà come nel caso di una causa erronea o putativa.

Quando nel titolo che segue parleremo del pagamento indebitamente fatto, esamineremo se vigente il Codice chi pagò per errore uno stabile che

non doveva, come lo suppone l'art. 1379 c. c. = *1333 ll. cc.*, abbia un' azione contra i terzi per farselo restituire, nel caso in cui costoro non ne avessero ancora prescritto la proprietà; o se al contrario l'art. 1380 c. c. = *1334 ll. cc.* sembri di escludere quest' azione, ed aver voluto conservare a tal riguardo le antiche regole. Ma ammettendo che si dovesse decidere in favore de' terzi detentori, crediamo pure che colui il quale vendè o cedè a titolo qualunque un immobile, mediante un contratto nullo per causa di errore, abbia dritto di sperimentare la sua azione, anche contra i terzi, facendo annullare precedentemente il contratto colla parte; imperciocchè questa parte non potè conferire maggiori dritti di quelli che essa medesima aveva; e tale è lo spirito degli art. 2125 e 2182 c. c. = *2011 e 2076 ll. cc.*, i quali non distinguono dagli altri casi quelli di rescissione o di annullamento per causa di errore.

§. II.

Della violenza o del timore.

SOMMARIO.

132. *La violenza o il timore vizia i contratti.*

133. *Osservazione generale sulla violenza ed il timore. Dritto romano su questo punto.*

134. *Disposizioni del Codice penale contra i fatti di violenza, forza o coazione, adoperate contra qualcuno per estorquergli tutte o parte delle sue sostanze.*

135. *Quando vi sia violenza secondo il Codice civile: testo dell' art. 1112. c. c.*

136. *Essa è una causa di nullità dell' obbligazione, ancorchè sia stata commessa da un terzo, senza complicità della parte.*

137. *La violenza è or positiva o fisica, or morale o condizionale.*

138. *Continuazione di questa distinzione in teorica.*

139. *Anche nel caso di violenza positiva, è d' uopo dimandare in giudizio l' annullamento dell' obbligazione entro i termini di dritto.*

140. *Bisogna prendere in considerazione le circostanze del fatto, l' età, il sesso e la condizione della persona.*

141. *Il timore della morte, delle ferite, dello stupro, o d' essere in mano di pirati ec., annulla l' obbligazione.*

142. *L' obbligazione contratta in istato d' ingiusta prigionia, cagionata da colui a favor del quale essa ebbe luogo, è annullabile per vizio di violenza.*

143. *Secus nel caso in cui la detenzione era legale: decisioni diverse su questo caso.*

144. Quid *dell' obbligazione contratta da qualcuno sorpreso in flagranza di adulterio o di ogni altro misfatto, per riscattarsi? Dritto romano intorno a ciò: scioglimento della quistione.*

145. *La promessa liberamente fatta per riparazione del torto cagionato è valida, come fatta* transactionis causa.

146. *Nei casi in cui la violenza non fosse giudicata tanto grave da viziar l' obbligazione, non potrà meno, se vi sia luogo, essere annullata per altri motivi, come il dolo e la mancanza di causa: giudizio tra* Charret *e* Tourangin.

147. *Il timore dell' infamia di cui si minaccia qualcuno non basta generalmente a viziare l' obbligazione ch' egli pretendesse di aver contratta per effetto di questo timore.*

148. *Caso di violenza giudicato dalla Corte di Brusselles in marzo 1808.*

149. *L' obbligazione contratta a favore di chi prestò il suo soccorso alla parte violentata ha una giusta causa.*

150. *La violenza esercitata riguardo alle sostanze della parte che siasi obbligata, annulla pure l' obbligazione: diversi esempii.*

151. *Non è rigorosamente necessario che il male di cui taluno sia minacciato sia presente e debba seguire nell' istante medecimo il rifiuto di sottoscrivere l' obbligazione; bisogna soltanto che il timore esista allora realmente.*

152. La violenza esercitata sull' ascendente o sul discendente sul coniuge della parte contraente, vizia del pari l' obbligazione, ed è indifferente che la parentela sia puramente naturale; ma non se vi sia soltanto affinità, e forse anche parentela per effetto di semplice adozione.

153. La violenza esercitata riguardo alle sostanze dell' ascendente, del discendente o del coniuge della parte può ugualmente viziare l' obbligazione.

154. Il solo timore riverenziale, senza che siasi esercitata violenza, non basta ad anullare il contratto.

155. Il solo timore riverenziale della moglie verso suo marito nettampoco annulla i contratti di lei.

156. Avvien lo stesso del timore riverenziale del subordinato verso il suo superiore, del domestico verso il suo patrone, ec.

157. Lo violenza racchiude in sè il dolo: conseguenza e svilupamenti.

158. L' azione per ricuperare i beni dati per effetto di violenza, ha luogo pure contra i terzi: come si debba procedere.

159. L' azione per nullita o rescissione contra la parte ha un carattere misto: conseguenza circa alla competenza.

160. Un atto autentico può, al pari di un atto in iscrittura privata, impugnarsi per vizio di violenza, senza che vi sia bisogno di tentar la via di falso.

161. L' eccezione che nasce dalla violenza o dal timore è reale : *conseguenza circa al garante.*

162. Se la violenza siasi esercitata da molti, essi sono solidalmente tenuti de' danni ed interessi della parte lesa.

163. Se la cosa rilasciata per effetto di violenza sia perita in mano di chi esercitò la violenza, egli è risponsabile della perdita, ancorchè fosse avvenuta per caso fortuito.

164. Come si possa purgare il vizio di violenza o di timore: testo dell' art. 1115 c. c.

152. Le obbligazioni contratte per violenza o per grave timore possono essere annullate come quelle che furono contratte per errore. Il timore, quando sia talmente grave che la persona non si sarebbe

obbligata se non fosse stata presa da esso, vizia similmente il consenso.

133. Il timore è per lo più effetto della violenza usata contra la persona che il prova; nondimeno può derivar talvolta dalla situazione in cui si trova un individuo senza che sia esercitata violenza alcuna contro di lui da altri, come quando un uomo sorpreso in flagranza di furto o di adulterio, dia di proprio moto la sua borsa, il suo oriuolo, o contragga qualche obbligazione per riscattarsi dalla sua posizione, senza anche che gli sieno fatte minacce, ma temendo giustamente violenze gravi, o di essere deferito alla giustizia. Questo caso è preveduto dalle leggi romane (1), ed esse dichiarano che il solo *timore* può servir di fondamento alla rescissione di ciò che siasi fatto in questo stato. In somma non altro si ha presente che il timore. Quindi l' editto del pretore (a) su questa materia diceva: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Il pretore considerava unicamente il timore, prescindendo dalla violenza. In origine l'editto faceva pure menzione della violenza: *sed po-*

(1) L. 7, §. 1, ff. *quod metus causa gestum erit.*

(a) Questo magistrato corresse il rigore dell' antico dritto romano, secondo i cui principii desunti da massime stoiche, il contratto estorto col timore anche obbligava, insegnando gli antichi giureconsulti, che *voluntas coacta etiam dicitur voluntas.* Il celebre Enrico de Coccej nel riprovare l' opinione di Grozio (de *jure belli et pacis* II. cap. II.) che sostenne l'avviso di tali giureconsulti romani distingue l' atto intrinseco della volontà, che non ammette coazione, dall' atto estrinseco, ossia dall' esecuzione di una nostra deliberazione, la quale può essere impedita col mezzo della forza, o violenza. TRAD.

stea detracta est vis *mentio*, *quia quodcumque vi atroci fit*, *id metu quoque fieri videtur*; l. 1, ff. *quod metus causa*. Il titolo del Codice su questa materia parla tuttavolta della violenza e del timore (1).

Il Codice civile parla del *timore* sol come effetto della violenza (art. 1112 c. c. = *1066 ll.*): il consenso non è valido, esso dice (art. 1109 c. c.=*1063 ll cc.*), se è stato dato per errore, se fu *estorto con violenza*, o fu carpito con dolo. Nell' art. 1111 c. c. = *1065 ll. cc.* suppone una violenza usata da qualcuno; ma non intese perciò di riconoscere come valide le obbligazioni le quali fossero effetto di un grave timore, benchè non vi fosse stata violenza esterna: esso richiede sempre la libertà del consenso; e se non parla che della violenza, e non del timore (tranne come effetto della violenza) è perchè in fatti ordinariamente la violenza è quella che produce il timore. Non si vollero fare innovazioni in questa materia, mentre non vi era alcun motivo di farlo; e nell' antica giurisprudenza seguivasi la teorica del dritto romano. Altronde vi è sempre violenza fatta alla volontà, benchè non sia usata alcuna esterna coazione per costringere la persona ad obbligarsi: questa violenza le è fatta dalla sua stessa posizione; e, come dice la legge romana, *teme* sol perchè ha giusto motivo di temere. Torneremo del resto a parlare di ciò.

(1) Esso è così conceputo: *de his quæ vi metusve causa gesta sunt.*

134. Nel caso di estorsione per violenza, forza o coazione, della firma di qualcuno, o della consegnazione di uno scritto, di un atto, di un documento, o di una carta qualunque, contenente o producente obbligazione, disposizione o quietanza, avvi misfatto, e questo misfatto è dall' art. 400 c. pen. punito colla pena de' lavori forzati a tempo; ma noi consideriamo qui la violenza unicamente sotto il rapporto della nullità degli atti che ne sono infetti.

135. « Vi è violenza, secondo il Codice civile « (art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.*), quando sia « tale da fare impressione sopra una persona ra- « gionevole, e possa inspirarle il timore di espor- « re la persona propria o le sue facoltà ad un male « considerevole e presente. »

136. E la violenza usata contra colui che ha contratta l' obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella, a vantaggio di cui si è fatta la convenzione; art. 1111 c. c. = *1065 ll. cc.*

È questa una notabile differenza dal dolo che è una causa di nullità della convenzione, quando i rigiri praticati da *uno de' contraenti* sieno evidentemente tali che senza di essi l' altra parte non avrebbe contrattato; art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.* Spiegheremo la ragione di tale differenza parlando del dolo nel paragrafo seguente.

137. Come vedesi, l' art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.* sol definisce la violenza *morale*, quella che

si usa con minacce, e *che ispira il timore, metus*, quel turbamento dell' anima e della ragione che priva la libertà della sua essenza, e che i giureconsulti romani definivano *instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio* (1). In vece che la violenza fisica, i fatti di forza, *vis*, non ispira soltanto il timore di un male, ma è pur essa un male presente, attuale: è *majoris rei impetus, qui repelli non potest*, dice il giureconsulto Paolo nella legge 2, ff. a questo titolo. Tal è il caso in cui mi si facciano provare tormenti corporali, torture, per carpirmi la mia sottoscrizione.

Usandosi la prima sol colle minacce fatte a qualcuno di arrecargli un male considerevole nella sua persona o nelle sue sostanze, se non consenta a ciò che da lui si richiede, è chiaro di essere condizionale; mentrechè l'altra è positiva, assoluta. In somma in un caso vi è soltanto *timore*; nell'altro *violenza*. E poichè i Romani riconoscevano che il solo timore, quando sia grave, basta a fare rescindere l' obbligazione, mentre esso in fatti altera essenzialmente il consenso; dovettero per questo stesso motivo, come lo fecero, sopprimere come inutile la menzione della violenza che trovavasi nell' editto sulla materia; imperocchè la violenza produce necessariamente il timore; *quodcumque vi atroci fit id metu quoque fieri videtur*.

---

(1) L. 1, ff. *quod metus causa.*

138. In teorica puossi nondimeno trovar questa diversità tra l'una e l'altra specie di violenza, che quella la quale si fa con via di fatto, con fisiche coazioni, escluder può ogni idea di consenso (1); come quando un uomo di forza superiore alla mia, o aiutato da altri, mi afferri la mano, ne regoli il movimento, e mi faccia così sottoscrivere un atto malgrado la mia resistenza. La mia mano in tal caso non è l'organo della mia volontà, ma lo strumento della volontà di un altro. Ed avviene quasi così allorchè si usino verso di me cattivi trattamenti, si adoperino torture per costringermi a firmare un' obbligazione: io non ho la libertà del consenso, son costretto a fare ciocchè mi si prescrive, giacchè il dolore, vincendo le mie forze, non mi lascia il mezzo di resistere.

Ma la violenza morale, quella che si usa soltanto per mezzo di minacce, la violenza condizionale, non esclude il consenso, propriamente parlando, ma ne altera soltanto l'essenza; imperocchè, come dice la legge romana, *quamvis si liberus esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per Prætorem restituendus sum* (2). In somma *ex duobus malis minimum elegi.*

139. Del resto, quantunque in realtà nel primo caso non siavi consenso, e stante ciò si potesse credere che non vi sia contratto, nondimeno,

(1) Voet *ad Pandectas*, tit. *quod metus causa*, n. 1; e cap. SACRIS, §. *extra, de iis quæ vi metusve causa.*

(2) L. 21, §. 5, ff. *hoc. tit.*

siccome vi ha un atto, un titolo apparente, bisogna distruggerne l'effetto coll'azione per nullità, o eliminarlo per via di eccezione opposta alla dimanda che fosse fatta tendente all'esecuzione di questo atto: l'art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.* non fa alcuna distinzione per riguardo alle caratteristiche della violenza; ma dispone in modo generale ed assoluto, che la convenzione contratta per errore, violenza o dolo, non è nulla *ipso jure*; ma soltanto dà luogo ad agire per la nullità o rescissione, ne' casi e ne' modi spiegati nella sezione VII del capitolo V del presente titolo.

Altronde non avvi maggiormente consenso nel caso di errore sulla sostanza stessa della cosa la quale costituisce la convenzione, che nel caso della più atroce violenza, *nam nihil tam contrarium consensui, quam error*; e nondimeno la convenzione viziata da errore nettampoco è nulla di pieno dritto nella nostra legislazione, ma bisogna dimandarne la nullità per essere dispensato dall'eseguirla.

Certo che quando non siavi atto, come se qualcuno mi tolga violentemente una cosa, non ho bisogno di agir precedentemente per rescissione a fin di rivendicarla: non ho io perduta la proprietà, anche temporaneamente, come in qualche modo l'ho perduta nei casi in cui vi sia un titolo, benchè vizioso, il quale è d'uopo di far rescindere per rimettere le cose nel medesimo stato di prima; art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.*

140. Ogni espressione della definizione della violenza, secondo l'art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.*, vuol essere intesa nella sua giusta misura.

Perchè vi sia violenza nel senso della legge, bisogna che le minacce o i fatti possano ispirare un timor grave, un timore capace di fare impressione sopra una persona dotata di ordinaria forza di carattere; giacchè colui *qui meticulosus rem nullam aut vanam frustra timuerit*, non può essere restituito contra la sua obbligazione (1), almeno per questa causa: il dritto romano diceva: *metum autem, non vani hominis, sed qui merito in constantissimum virum cadat, ad hoc Edictum pertinere dicimus* (2); ma nel nostro dritto, perchè possa rescindersi la convenzione, non si è mai richiesto che la violenza fosse di natura tale da non fare impressione che sopra un uomo assai coraggioso, dotato di gran fermezza di carattere, *in constantissimum virum*; essendosi sempre creduto di bastare che fosse di tal natura da fare impressione sopra una persona ragionevole, una impressione grave sul comune degli uomini. Ecco la regola generale: nella sua applicazione il magistrato deve valutare le circostanze del fatto, la posizione in cui si trovava la parte al momento della convenzione, e giudicare, secondo queste circostanze, se il timore che essa allega poteva fare impressione soltanto sopra un animo timido e pu-

(1) L. 7, *princip*, ff. *quod metus causa.*
(2) L. 6, ff. *hoc titulo.*

sillanime; se il pericolo da cui pretende d'essere stata minacciata non era che chimerico, in ragion de' mezzi che aveva di sottrarvisi, e se il male che pretende di aver voluto evitare nella sua persona o nelle sue sostanze fosse stato poco importante; ovvero al contrario se la sua posizione ed il male che potea provare pel suo rifiuto di contrar l'obbligazione le prescrivevano imperiosamente di aderirvi. Deve anche prendere in considerazione l'età, il sesso e la condizione della persona che si duole della violenza (art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.*); imperocchè la gravità del timore è necessariamente relativa: ed in fatti la tale minaccia potrebbe fare assai viva impressione sull' animo di un vecchio, di un infermo o di una donna, mentre ne farebbe una debolissima, o nessuna, sopra un uomo nel vigore dell' età, in perfetta salute, o sopra un militare; ed allora il timore non sarebbe grave: non avrebbe il requisito richiesto dalla legge per produrre la nullità dell' obbligazione.

141. Bisogna, diciamo, che il male sia *considerevole* (1). Così quando la violenza venga diretta contro la persona stessa, costituisce una causa di nullità, se è di natura tale da ispirarle il timore della morte (a), o di soffrir torture, ferite, ov-

(1) *Metum accipiendum, Labeo ait, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis*; l. 5, ff. *hoc tit.*

(a) Rammentiamo a questo riguardo il celebre epigramma di Marziale:

Quid si me tonsor, cum stricta novacula supra est,
Tunc libertatem, divitiasque roget?

vero di essere violata o ridotta in servitù, per esempio di esser data in potere di pirati.

142. È benanche una causa sufficiente di nullità quando siasi messo o ritenuto qualcuno in un luogo suo malgrado per fargli sottoscrivere un'obbligazione privandolo così della sua libertà (1).

E quando anche la persona fosse stata posta in pubblica prigione, in virtù di un atto d'esecuzione di arresto personale, o di un mandato di arresto, se sia stata carcerata illegalmente, perchè non eravi luogo ad arrestarla, o perchè non furono adempite tutte le formalità prescritte per l'incarcerazione, la sua obbligazione è viziosa, e deve ottenerne la rescissione (2).

Bisognerebbe risolverlo così quando anche la parte avrebbe potuto ragionevolmente e senza soverchia lesione per essa sottoscrivere l'obbligazione se fosse stata assolutamente libera nelle proprie azioni; giacchè il suo consenso non fu libero, ma le venne estorto da ingiusta violenza.

Un marito ed una moglie, dice Merlin nelle sue *Quistioni* di dritto, alla parola *timore*, son perseguitati per bancarotta fraudolenta: si spedisce

Promittam: nec enim rogat illo tempore tonsor,
Latro rogat: res est imperiosa timor.
Sed fuerit curva cum tuta novacula thecæ,
Frangam tonsori crura manusque simul.

Lib. XI. epig. 59. Trad.

(1) L. 9, ff. *ex quib. caus. maj.*

(2) *Qui in carcerem aliquem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quid quid ob hunc causam factum, nullius momenti est*; l. 22 ff. *hoc tit*.

contra di essi un mandato di arresto e sono imprigionati. In questo stato essi devengono a transazione, fra due sportelli, e si obbligano verso i loro creditori. Escono: lettere di rescissione ed appello dalla procedura straordinaria. Nel primo giugno 1714, decisione della *Tournelle* criminale del parlamento di Parigi, sulle conchiusioni dell' avvocato generale Chauvelin, la quale dichiara il tutto nullo, pel motivo che dall' accusa non risultava alcuna pruova di bancarotta, ed in conseguenza non vi era causa alcuna alla transazione.

143. Diciamo con *ingiusta violenza*, giacchè in effetti quella soltanto che vien usata *adversus bonos mores* vizia le obbligazioni (1).

« Le vie di dritto, dice Pothier (nel suo trat-
« tato delle obbligazioni, n.° 26), non posson mai
« esser tenute per una ingiusta violenza: ecco per-
« chè un debitore non può mai impugnare un
« contratto che fece col suo creditore, sul solo
« pretesto di essere stato intimorito dalle minacce
« fattegli da costui di assoggettarlo all' arresto per-
« sonale *che aveva dritto di esercitare*, *nean-*
« *che sul pretesto che abbia fatto questo con-*
« *tratto in prigione*, *allorchè il creditore ebbe*
« *il dritto d' imprigionarlo*. »

Questa dottrina non è contraria alla disposizione della l. 22, ff. *quod metus causa*, precedentemente citata; giacchè questa legge deve inten-

(1) L. 3, §. 1, ff. *quod metus causa*. Merlin, *Quistioni di dritto*, alla parola *timore*, §. 2.

dersi di un arresto illegale, poichè parla di una carcerazione eseguita in qualche modo per via di fatto e di privata autorità, *qui in carcerem aliquem detrusit*, e che ebbe per iscopo di estorguere qualche cosa al detenuto, *ut aliquid ei extorqueret.* In questo modo del resto la spiegano la maggior parte degl' interpetri, specialmente Mornac. Al contrario nell' ipotesi attuale la coazione non era *adversus bonos mores* (1). Laonde fu giudicato con decisione della Camera dell' editto di Castres, nel 22 febbraro 1635, di cui Merlin fa pure menzione, « che i prigionieri possono va« lidamente obbligarsi, purchè sieno imprigionati « di autorità della giustizia e per giusta causa. »

La quistione era stata benanche giudicata in questo senso con decisione del 18 luglio 1595; ed è questo il sentimento di Ranchez, di Despeisses e di Mornac, citati da Rousseau de Lacombe, v^e *Restituzione*, sez. 4.^a

Sembra nondimeno da due decisioni inserite nella raccolta di Lepine di Grainville, emesse nel medesimo giorno dal Parlamento di Parigi, e citate similmente da Merlin, *eodem loco*, che quella Corte sovrana distingueva se l' atto stipulato da una persona carcerata, benchè legalmente, le ca-

(1) Nondimeno la l. 9, ff. *ex quib. caus maj.*, par che disponga in modo generale di doversi restituire in intero colui che contrattò anche in una pubblica prigione: *Succurritur etiam ei qui in vinculis fuisset: quod non solum ad eum pertinet qui pubblica custodia coerceretur, sed ad eum quoque quia latronibus, aut prædonibus, vel potentiore vi oppressus.*

gionassé una considerevole lesione, e se in conseguenza si potesse presumere che non vi avrebbe aderito in istato di libertà; o se al contrario il detenuto avesse fatto ciocchè avrebbe probabilmente fatto fuori prigione. Una di tali decisioni dichiarò valido l'atto in quest'ultima ipotesi; l'altra lo riformò nella prima, benchè la coazione allegata non fosse *adversus bonos mores*, essendo legale la carcerazione. Dicevasi a pro dell'attore per nullità che la persona, benchè legalmente detenuta, non avea tuttavolta dato un libero consenso, poichè aveva firmato l'atto a solo fine di ottenere la libertà, come evidentemente lo dimostrava la lesione che doveva fargli soffrire. Il Parlamento annullò dunque la convenzione, non ostante la circostanza, assai indifferente in fatti, che l'obbligato aveva rilasciata la sua firma fra i due sportelli, ove era stato a tal uopo condotto, attesochè non era maggiormente libero in questa situazione che nel luogo ordinario della sua prigionia, non essendogli permesso di uscirne a piacimento.

Questa risoluzione potrebbe ancora seguirsi se la lesione fosse considerevolissima ed attestasse evidentemente l'effetto della coazione; ma fuori questo caso, conviene attenersi alla dottrina di Pothier, basata sulla decisione del 22 febbraio 1635, di sopra citata (1).

144. Avvi ancora violenza nel senso della legge

(1) *V.* Lacombe, nel medesimo luogo, e le autorità da lui citate.

quando si estorqua ad una persona sorpresa in flagranza d'adulterio o di ogni altro misfatto, qualche cosa o un'obbligazione per lasciarla andare, o per la promessa di non denunziarla alla giustizia, e quando anche la persona dominata dal timore, offrisse spontaneamente questa obbligazione, biglietti per esempio, e si potesse dire *metum sibi potius intulit quam ab alio accepit*, i biglietti non sarebbero meno nulli per *timore*, indipendentemente dacchè lo fossero per mancanza di causa: imperocchè in simile situazione la persona doveva naturalmente temere delle violenze, benchè non fossero autorizzate dalla legge; doveva temere soprattutto l'effetto di una denuncia. In vano si dirà che essa deve imputare a sua colpa d'essersi messa in un caso spiacevole, mentre risponderebbe che il fatto di cui si è resa colpevole non impedisce che la sua obbligazione sia effetto del timore; che anzi, questo fatto è quello che ha distrutto in essa la libertà del consenso. La l. 7, §. 1, ff. *quod metus causa*, come lo abbiamo detto più sopra, dichiara espressamente che l'editto sul timore è applicabile in simil caso, e non distingue anche se vi sieno state violenze o minacce per costringere la persona a dar qualche cosa o ad obbligarsi, ovvero se l'abbia fatto senza coazione esterna, di proprio moto, per esimersi dalla spiacevole posizione in cui erasi posto. Essa dichiara in modo generale che l'individuo può far rescindere dal magistrato tuttociò che fu fatto in tale stato.

Vero è che la l. 9 nel Codice *de his quæ vi metusve causa gesta sunt*, dispone d'altra banda che l' alienazione o la promessa fatta per timore di un' accusa già intentata o che è per esserlo, non è sottoposta a rescissione per questa sola causa: *accusationis institutæ vel futuræ metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium.*

Ma tali testi si conciliano perfettamente. Nel caso di quest' ultima legge l'individuo non si obbliga nel momento in cui è sorpreso in flagrante delitto, come nella specie della prima, o almeno niuna cosa l'indica; dunque ha la sua libertà: non può temere che si commettano su lui atti di violenza, ed è vero il dire che *metum sibi infert potius, quam ab alio accipit.*

Se altronde siasi obbligato per la riparazione del danno da lui cagionato, e la sua promessa non sia eccessiva, ciocchè fece può essere considerato come fatto *transactionis causa*: or era permesso nel dritto romano, come lo è nel nostro, di transigere nell' interesse pecuniario risultante da un reato, ed ogni cosa induce a credere che avveniva così nella specie di questa legge 9.

145. Parimenti in tutti i casi in cui la promessa o ciocchè siasi pagato potesse considerarsi come la semplice riparazione del danno cagionato dal reato, ciocchè fu fatto sarebbe dichiarato valido se non vi fosse stata violenza, estorsione, coazione esterna; imperocchè il pagamento o l'obbligazione non sareb-

be senza causa. Bisognerebbe pure dir così ancorchè la persona avesse pagato o si fosse obbligata nel momento stesso in cui era sorpresa in flagranza, volendo in tal modo riscattarsi mediante la riparazione del danno da essa arrecato. Ma nei casi di estorsione per violenza, forza o coazione, tutto dev' essere annullato, salvo al delinquente a riparare, per mezzo di danni ed interessi, il danno da lui fatto. E quando vi sarà stata transazione in debita forma, fatta senza coazione o violenza grave, qualunque sia la somma promessa per riparazione del reato, non vi sarà luogo alla rescissione per lesione, giacchè le transazioni non sono rescindibili per questa causa, art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.* Negli altri casi se ciocchè fu promesso sia eccessivo per riguardo al danno cagionato, potrà il magistrato ridurre alla giusta misura una obbligazione che sarà ragionevolmente supposta di essere stata effetto del timore, e che non avrà alcuna causa legittima per l' eccedente.

146. Del resto nei casi in cui fosse riconosciuto in fatto che l' obbligazione non sia stata l' effetto di una violenza qualificata ed abbastanza grave per produrre la nullità della promessa, questa promessa potrà pure essere annullata per mancanza di causa, se in fatti ne sia priva, e per causa di dolo, se colui a favor del quale venne fatta abbia usata per ottenerla rigiri tali che senza i suoi rigiri l' altra parte non si sarebbe obbligata.

La causa tra *Charret* e *Tourangin* diè luogo

all' applicazione di queste regole in modo notabile.

Charret, caduto in sospetto presso Tourangin di avergli fatto molti furti di danaro nella di lui casa, ma che non furono provati, e che del resto non dovevano ascendere a somma considerevole, fu da quest' ultimo nel 6 luglio 1810 costretto a firmargli biglietti del valore di 24,000 franchi, cui si assegnò per *causa* un mutuo, con dichiarazione separata la quale diceva che, « avendo commesso « diversi furti in casa di Felice Tourangin, ha fir« mato questi biglietti per riparazione de' detti fur« ti, e che questa dichiarazione viene rilasciata al « detto Tourangin per servirsene in caso di biso« gno, qualora Charret si negasse al pagamento « de' biglietti de' 24,000 franchi che gli aveva con« segnati . . . .

Immediatamente, e per maggior sicurezza, Tourangin si fece rilasciare un' obbligazione innanzi notaio, con ipoteca sui beni di Charret. Davasi ugualmente per causa all'obbligazione un *mutuo*, ma in realtà altra causa non avea che quella de' biglietti: ciò era anche confessato da Tourangin.

A questi diversi atti aveva Charret prestato consenso intimorito da minacce più o meno gravi di Tourangin e di cinque o sei amici suoi, i quali avevan chiamato Charret nella casa di uno di essi per fare ciocchè denominavano *giustizia privata*.

Charret pentendosi di aver sottoscritto e questi biglietti e questa obbligazione, intentò querela contra Tourangin e consorti, per estorsione con vio-

lenza e coazione, e conchiudeva che fossero dichiarati nulli e gli venissero consegnati i biglietti e l' obbligazione che gli si erano estorti.

Per effetto di questa querela, Tourangin ed altri furono arrestati, e dalla camera delle sottoposizioni ad accusa della Corte di Bourges rimessi innanzi alla Corte di assise residente in quella città, per esservi giudicati sopra tali fatti di violenza.

Essi furono assoluti, con decisione del. 1.° maggio 1811, che condannò Charret, come parte civile, alle spese verso lo Stato e verso gli accusati, dichiarò le memorie pubblicate da Charret calunniose e diffamanti, ne ordinò la soppressione, l'affisso della sentenza per estratto in numero di cinquecento copie a spese del detto Charret; ed infine diè atto a Tourangin e consorti della dichiarazione da essi fatta che rinunziavano volontariamente ad ogni dimanda per danni ed interessi contro il detto Charret.

Questa decisione determinò il pubblico ministero a tradurre di uficio Charret avanti il tribunale di Polizia correzionale di Bourges per esservi giudicato sopra i fatti di furto da lui commesso in casa di Tourangin.

Sentenza la quale assolve Charret; appello del pubblico ministero, e decisione di conferma che dichiara di non esser provato alcun furto.

Dopo tale decisione Charret credè di aver riportata decisiva vittoria, e dimandò in linea civile la nullità de' biglietti e dell' obbligazione, come

essendo il tutto effetto della coazione, di rigiri fraudolenti, ed in ogni caso come essendo assolutamente privo di causa.

Tourangin gli oppose l'eccezione della cosa giudicata dalla Corte di assise, la quale liberandolo dall' accusa di violenza ed estorsione de' cennati biglietti, aveva con ciò pure giudicato, a parer suo, *che le obbligazioni erano legittime.*

Sentenza del 13 febbraro 1812, la quale senz' aver riguardo a questa eccezione, dichiarò nulli i biglietti e le obbligazioni come essendo *senza causa* e condannò Tourangin a restituirli a Charret.

Appello da parte di Tourangin e decisione del 27 febbraro 1812, che conferma la sentenza de' primi giudici, condanna inoltre Tourangin a consegnare la dichiarazione de' pretesi furti rilasciatagli da Charret, ed autorizza quest' ultimo a far stampare ed affiggere la presente decisione in numero di cinquecento copie, a spese di Tourangin (1).

Infine ricorso per cassazione prodotto da Tourangin per violazione della cosa giudicata nelle assise di Bourges, e per violazione degli art. 1132, 2046 e 2052 c. c. = *1086, 1918 e 1924 ll. cc.* in quanto che la decisione della Corte di appello aveva annullati i biglietti e l'obbligazione come essendo senza causa, mentrechè ne avevano una evidente,

(1) Questi fatti e decisioni sono riferiti, presso a poco con talune lievi differenze, nella Raccolta di *Sirey*, tomo XIII, parte 1, pag. 262 e seguenti, e nel *Giornale di giurisprudenza del Codice Civile*, tomo XX, pag. 90 e segu.

a parer suo, nei fatti di furto riconosciuti e confessati da Charret medesimo; ed in quanto che tali biglietti ed obbligazione eransi rilasciati *transactionis causa*, e dovevano in conseguenza essere dichiarati validi, giacchè è lecito di transigere sull' interesse civile risultante da un reato, e le transazioni non possono essere rescisse sotto pretesto di lesione.

Tourangin allegava pure che la sentenza in polizia correzionale e la decisione di conferma che assolvevano Charret dai fatti di furto, essendo state profferite ad istanza del pubblico ministero di ufizio, senza che egli si fosse costituito parte civile in questa procedura, non potevano essergli opposte, egli diceva, senza manifesta violazione dell' art. 1351 c. c. = *1305 ll. cc.*

Ma la Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, rigettò il ricorso, sulle uniformi conclusioni di Merlin, con arresto del 17 marzo 1813, pei principali motivi che dall' aver deciso la Corte di Bourges che Tourangin e consorti non erano complici di avere estorto, con violenza, forza o coazione, i biglietti e l' obbligazione in esame, non ne seguiva che questi atti avessero una causa; ch' era anche dimostrato di non averne, poichè Tourangin stesso altra ad essi non ne assegnava se non quella de' pretesi furti commessi in suo danno da Charret, i quali furti erano stati riconosciuti inesistenti con sentenze passate in giudicato: e che Tourangin non era ammesso a pretendere di non poterglisi opporre

tali sentenze pel solo motivo di essere state profferite sull' istanza fatta di ufficio dal pubblico ministero senza che egli si fosse costituito parte civile nel giudizio, attesochè essendo la intera società rappresentata in simil caso dal pubblico ministero, la sentenza fa legge per tutti, non essendo altro che l' espressione del fatto: Vi è stato o pur no furto?

Quindi la decisione criminale, che assolvendo l' individuo accusato di estorsione di promesse o obbligazioni con violenza, forza o coazione, giudica pur con ciò che l' art. 400 c. pen. non gli è applicabile, non dichiara tuttavolta implicitamente che le dette promesse o obbligazioni sono valide, giacchè possono essere nulle per dolo, rigiri, o mancanza di causa; e non dice pure che non sono infette dal vizio di violenza o di timore nel senso dell' art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.*, attesochè per esservi violenza nel senso di questo articolo, non è necessario che il possessore degli atti o ogni altro siasi renduto colpevole de' fatti preveduti nel cennato art. 400 c. pen., perchè il solo *timore*, se fu grave, viziò il consenso, benchè non sia stato prodotto da vie di fatto o da violenze, in somma da una coazione esterna, come lo abbiamo dimostrato più sopra, giusta le leggi romane, che si occupavano soltanto del *timore*, e non parlavano della violenza se non come della causa per riguardo all' effetto. Adunque puossi ancora dimandare innanzi ai tribunali civili la nullità delle obbligazioni

per causa di *timore* grave che viziò il consenso, ed allegar pure in sostegno della dimanda fatti della parte, benchè questi fatti siensi giudicati dai tribunali criminali non aver le caratteristiche prevedute dal Codice penale per meritare le pene dal medesimo comminate.

Così nel caso che abbiam sopra supposto di un uomo sorpreso in flagranza di adulterio, e che di proprio moto firmasse biglietti per impedire che si facesse di lui mal governo, o che venisse denunciato, senzachè vi sia stato in conseguenza da parte di colui che lo sorprese ed a favor del quale sottoscrisse i biglietti, estorsione per coazione, fatti di forza, violenza o minacce, sicuramente non vi sarebbe luogo ad applicare a quest' ultimo le disposizioni dell' art. 400 c. pen., benchè abbia ricevuti i biglietti; e non pertanto, secondo noi e secondo la legge romana, 7, §. 1, ff. *quod metus causa*, innanzi citata, le obbligazioni non sarebbero meno nulle per *timore*, indipendentemente dacchè si potesse sostenere di esserlo per mancanza di causa o di valore ricevuto.

147. Secondo questa l. 7, *princip.*, il timore dell' infamia, di cui taluno mi minacciasse, non è una causa sufficiente a far rescindere le obbligazioni che avessi seco o con altri contratto, preso da questo timore: *nec timorem infamiæ hoc edicto contineri, Pedius dicit, neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui.*

Questo dettame ha per fondamento che il timo-

re, per viziare le obbligazioni, dev' essere grave e di natura tale, secondo le regole del dritto romano, da fare impressione sull' animo di un uomo coraggioso: *metus qui merito et in hominem constantissimum cadat* (a).

Or niuno temer deve l' infamia, se non abbia commesso azione capace di attirarla su lui, e non può essergli impressa che in forza di condanna giudiziale. Può un individuo ingiuriarmi, calunniarmi, ma non ha il potere di rendermi infame: adunque le sue minacce non dovettero fare impressione in me; non potettero almeno bastare per costringermi ad obbligarmi verso di lui o verso di ogni altro: *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti, probari convenit*; l. 9, Cod. *de his quæ vi metusve causa gesta sunt.*

Ecco la regola; ma un concorso di straordinarie circostanze possono nondimeno porre taluno in tale situazione, che debba tutto temere da un' accusa grave e calunniosa di cui sia minacciato, se

(a) Si richiede, al dir di Caio nella legge 6 ff. *quod metus causa* il timore o la violenza che cade in un *uomo costantissimo*, o che secondo Ulpiano nella legge 1 *dict. tit*, sia un timore di qualche gran male, *metus majoris malitatis.* Quindi gl' Imperatori Massimiliano e Diocleziano rescrissero nella legge 13 *Cod. de transact.*: *Non quilibet metus sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis, periculum, vel corporis cruciatum contineat.* Nelle leggi 3 §. 7, e 4 ff. *quod metus causa* s' indicano come esempii del timor grave la *morte, le battiture, la servitù.* Bartolo seguendo i principii di tali leggi, disse: *Quæro, quæ coactio debet intervenire, ut quis incidat in edictum? Respondeo, metus mortis, vel cruciatus corporis, vel alias metus qui induceret restitutionem per officium judicis.* Trad.

non voglia aderire ad un atto che da lui si richiede, abusando così del suo tristo stato: gl' intrecci drammatici ci offrono moltissimi esempii di simile situazione in cui tutte le apparenze concorrono ad accusar l'innocenza e favorir la calunnia; e gli annali giudiziarii ce ne offrono più terribili, giacchè pur troppo si effettuarono. Le obbligazioni che fossero sottoscritte in simiglianti casi, per prevenire una denuncia calunniosa, sarebbero dunque effetto di un grave timore, di una violenza qualificata, e nulle in conseguenza per tal motivo, prescindendo dacchè lo sarebbero per dolo e per mancanza di causa.

148. La Corte di Brusselles giudicò nel 23 marzo 1808, che il contratto cui una donna aveva fatto acconsentire sua figlia maggiore di età, gravida e sul punto di partorire, dopo di averla chiusa sola in una stanza, e minacciandola di abbandonarla nei dolori del parto se non firmasse, conteneva un vizio tanto grave di violenza, da produrne la nullità. Non si può che abbracciare questa decisione.

149. Ma non vi è luogo ad annullare una obbligazione, benchè contratta in un momento di timore se mai essa lo sia stata a favore di colui che prestò il suo soccorso all' obbligato, esposto a qualche pericolo, purchè non fosse menomamente complice del fatto. Così appunto dispone la l. 9, §. 1, ff. *quod metus causa*. In fatti l' obbligazione ha una causa legittima, il guiderdone cioè di un' o-

pera praticata. Nondimeno opiniamo che se fosse eccessiva, dovrebbe ridursi a giusta misura, secondo le circostanze del fatto, la natura del pericolo in cui trovavasi l' obbligato, le sue sostanze, e soprattutto il rischio cui siasi altri esposto per lui: ciocchè venne promesso oltre questa misura lo fu per effetto del timore; non è più la ricompensa dell' opera ricevuta. Del resto torneremo a discutere questo punto parlando della *causa*.

150. La violenza è usata riguardo alle *sostanze*, ma ricade sulla persona, quando sia minacciata, per esempio, di vedere incendiata la sua proprietà, distrutti i documenti dai quali dipende la sua fortuna o parte notabile del suo patrimonio, come un testamento, se non voglia acconsentire a sottoscrivere la tale o tal altra obbligazione. Viemaggiormente avvi violenza, se mi si minacci di distruggere titoli o atti da cui dipende il mio stato, la mia qualità di figlio di un tale (1). In somma in ogni caso in cui la persona trovasi esposta ad un male *considerevole* nelle sue sostanze, se non acconsenti a ciocchè da essa si richiede, avvi violenza grave; ed il senso di questa parola *considerevole* si riferisce in generale alle sostanze della persona. Bisogna nondimeno che quanto essa fosse esposta a perdere sia più considerevole di ciò che sacrificasse con l' obbligazione, altrimenti non vi sarebbe violenza; giacchè nulla spiegherebbe que-

(1) *V.* la l. 8, §. 1, ff. *quod metus causa.*

sta obbligazione, se non la segreta speranza di farla annullare. Per esempio, se a fin di restituirmi un deposito del valore di 1000 franchi, di cui io non posseggo alcuna dichiarazione, voi richiedete che vi sottoscriva un biglietto di 1000 scudi, ed io ve lo sottoscriva in fatti, vi è alcerto dolo dal canto vostro, ma non violenza: non è questa una coazione alla quale non potei resistere per timore di soffrire *un male considerevole nelle mie sostanze*, poichè io ne provava uno maggiore cedendo a ciò che voi voleste. È semplicemente un caso di dolo e di obbligazione per causa turpe da parte vostra (1), i quali due vizii del rimanente infettano l' obbligazione e la rendono nulla, come lo farebbe il vizio di violenza.

151. L'art. 1112 c. c. = *1066 ll. cc.* richiede, per esservi violenza, che sia tale da ispirare ad un individuo ragionevole il timore di esporre la propria persona o le sue facoltà ad un male considerevole e *presente*; ma questa parola *presente* non dev' essere intesa nel senso che per esservi violenza faccia d' uopo assolutamente che il rifiuto di sottoscrivere l' obbligazione sia all' istante medesimo seguito dall' effetto della minaccia, che il pericolo sia sotto gli occhi della persona. Il timore di un pericolo reale, quantunque l' effetto della minaccia dovesse esser sospeso per un certo tempo, lo che spesso anche richiederebbe la specie di pericolo di

(1) *V.* la l. 2, §. 1, ff. *de condict. ob turpem causam.*

cui fosse taluno minacciato, è pure una causa di nullità: ed appunto per questo motivo la legge romana ha cura di dire, *metus est instantis vel* FUTURI *periculi causa, mentis trepidatio*, prevedendo essa così il caso di un pericolo futuro, come quello di un pericolo presente ed attuale. In verità la l. 9, nello stesso titolo, così si esprime: *metum autem præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus*; ma questa legge, la quale porse ai compilatori del Codice civile una caratteristica della violenza, non contraddice la precedente; soltanto la spiega. Ed in fatti non basterebbe di aver la persona il *sospetto* che si userà contra di essa qualche violenza, se non firmi l'obbligazione, ma bisogna che sia persuasa di esporsi ad un pericolo non soscrivendola, ed allora il *timore* è reale, presente, benchè la violenza fisica non peranco esista. In tal modo furono sempre spiegati e conciliati i detti due testi, e non puossi ragionevolmente supporre che i nostri legislatori abbiano voluto stabilire, con maggior rigore che nello stesso dritto romano, la regola di esser necessario, perchè vi sia violenza e nullità dell'obbligazione, che il male di cui taluno è minacciato sia assolutamente *presente*, attuale, sotto gli occhi della persona, e debba colpirla all'istante se mai si neghi a ciocchè da essa si richiede. L'art. 305 c. pen. = *161 ll. pen.* dispone che « chiunque per « mezzo di un foglio anonimo o sottoscritto avrà « fatto minacce di assassinio, di avvelenamento o di

« qualunque altro attentato contro le persone, che
« meritasse la pena di morte, de' lavori forzati per-
« petui o della deportazione, sarà punito colla pe-
« na de' lavori forzati a tempo, nel caso in cui la
« minaccia fosse stata fatta con ordine o di depo-
« sitare una somma di danaro in un luogo indi-
« cato, ovvero di adempiere a qualunque altra con-
« dizione. » Per esempio, di depositar biglietti o
un'obbligazione qualunque. Or è chiaro che il pe-
ricolo cui è esposta la persona alla quale venne
fatta la minaccia non è a rigore *presente*, poichè
deve essa provar l'effetto di questa minaccia non
prima del termine che le sia stato espressamente o
tacitamente stabilito per fare il deposito. E nulla-
dimeno non è dubbioso che i biglietti o le obbli-
gazioni da essa depositati sarebbero nulli per violen-
za, indipendentemente da che lo fossero per dolo
e per mancanza di causa. Tuttociò che puossi di-
re, per quanto riguarda il vizio di violenza, si è di
esser lasciato alla prudenza del magistrato lo esa-
minare se la parte abbia potuto avere una giusta
tema del male da cui era minacciato; ovvero se,
in ragion de' mezzi che aveva di prevenirlo ed evi-
tarlo, o avvertendo l'autorità o altrimenti, questo
pericolo ed in conseguenza il timore erano chi-
merici.

152. La violenza non è soltanto una causa di
nullità quando siasi usata verso la persona che si
obbligò; ma lo è pure quando sia stata usata ver-
so il marito o la moglie, verso i discendenti o a-

scendenti di essi; art. 1113 c. c. = *1067 ll. cc.*

Ed è indifferente che la parentela sia soltanto naturale, purchè sia legalmente stabilita; l' articolo non distingue. Ma la violenza usata sul genero o la nuora, sul suocero o suocera della parte contraente non porgerebbe alla medesima il mezzo di far annullare il contratto. La legge non parla degli *affini*, ma soltanto del consorte, dell' ascendente o del discendente: or gli affini non sono nè discendenti, nè ascendenti. Quando essa vuol comprenderli nella sua disposizione, lo spiega, come lo fece nell' art. 161 c. c. = *158 ll. cc.*, ed altri.

Si sarebbe dovuto pur nondimeno stabilir benanche che la violenza usata verso il fratello o la sorella della parte contraente fosse una causa di nullità. L' esperienza attesta che l' affezione tra i fratelli è sì viva, per non dir di più, quanto quella del nipote pel suo avo; ed il Codice stesso, che deferisce in generale le credità secondo la presunta affezione del trapassato, ben riconobbe la verità di questa osservazione, chiamando a succedere i fratelli e sorelle, in esclusione di tutti gli ascendenti, eccettochè i genitori, e talvolta dando anche ad essi dritti superiori a quelli di questi ultimi; art. 750 e 751 c. c. = *672 ll. cc.* insiem combinati.

Il pericolo cui può essere esposto mio fratello deve dunque determinarmi a contrattare, al pari di quello che può correre mio avo; giacchè esso può ispirarmi un timore assai vivo e viziare in con-

seguenza nel medesimo grado il mio consenso. Ma non essendosi la legge spiegata riguardo alla violenza usata verso i fratelli e le sorelle dalla parte contraente, quando essa lo abbia fatto circa a quella usata sopra i suoi ascendenti o discendenti, non si potrebbe allegare questa violenza per formarne una cagione di nullità del contratto.

Devesi anche credere che nettampoco abbia essa avuto in mira il caso in cui le persone fossero congiunte soltanto coi vincoli dell' adozione: quantunque l' adozione stabilisca rapporti civili di maternità e filiazione, nondimeno nel linguaggio ordinario della legge, le qualificazioni *di discendenti* ed *ascendenti* non vengono date a quelli che son congiunti per questi rapporti soltanto. L' adozione non è altro che un' immagine della parentela, ed anche un' immagine assai imperfetta, poichè è lungi dal produrne tutti gli effetti: essa non ispira un' affezione della medesima natura di quella che ispira la parentela ordinaria, e non già riguardo ai figli adottivi il giureconsulto romano dice: *cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur* (1). L' affezione di una persona per suo fratello è ordinariamente più viva di quella che nasce dal contratto civile di adozione: essa è di diversa natura; e nondimeno la legge non vi ebbe alcun riguardo per ciò che concerne la nullità degli atti per causa di violenza usata verso la persona di questo fratello.

(1) L. 8, §. *ult. ff. quod metus causa.*

153. Siccome il Codice assimila la violenza usata verso il marito o la moglie, gli ascendenti o i discendenti della parte contraente, a quella che viene usata verso quest' ultima, e la violenza che ispirerebbe alla medesima, il timore di provare un male considerevole e presente nelle sue sostanze soltanto, basta per operare la nullità del contratto; per la medesima ragione la violenza che inspirerebbe a questa parte il timore che il suo consorte, il suo discendente o il suo ascendente, soffrisse un male considerevole e presente nelle di lui sostanze, è similmente una causa di nullità; quantunque l' art. 1113 c. c. = *1067 ll. cc.* parli nominatamente non di altro che della violenza usata verso il *marito* o la *moglie*, o verso gli *ascendenti* o *discendenti* dell' obbligato, e quantunque il motivo di affezione agisca meno potentemente quando son minacciate le sostanze soltanto di tali persone, che allorchè lo sieno queste persone stesse.

154. Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre o altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto (1); art. 1114 c. c. = *1068 ll. cc.*

Ma se siavisi accoppiata qualche violenza, quando

(1) Tali erano pure le disposizioni del dritto romano, il quale spiegasi positivamente circa al matrimonio contratto dai figli per mera ubbidienza verso il loro padre, o per timore riverenziale. *V* le leggi 22, ff. *de ritu nupt.*, e 14 Cod. *de nuptiis*. *V.* benanche per altri casi la l. *ultima* ff. *si quis aliquem testari prohibuerit:* la l. *ultima* nel Cod. medesimo titolo, e la l. 6, eziandio nel Cod., *de his quæ vi metusve causa.*

anche non avesse il carattere di gravità richiesto dalla legge negli altri casi per produrre la nullità dell' obbligazione, il contratto può essere annullato; è questo il senso del cennato art. 1114 allorchè dice: *il solo* timore riverenziale . . . . ., *senza che vi sia stata violenza di fatto, ec.*; le quali espressioni sarebbero in fatti ben inutili, se per esservi nullità, bisognasse che al timore riverenziale si unisse il timore nato da una violenza che bastasse da sè sola a produrre questa nullità. Quindi Voet, *ad Pandectas*, *tit. quod metus causa*, porta parere per argomento di molte leggi romane, e citando in sostegno del suo sentimento l'opinione comune de' giureconsulti Olandesi e di parecchi dottori, che se un padre abbia fatto a suo figlio minacce formali di diredarlo, queste minacce unite al timore riverenziale possono essere bastanti a far annullare i contratti a cui il figlio abbia aderito, preso da questo doppio timore.

Non avendo la diredazione più luogo oggidì (a), la minaccia che ne fosse fatta sarebbe difficilmente riguardata come una coazione bastante a far annullare l'atto; e la minaccia di donare ad un terzo la quota di beni di cui è permesso disporre non sarebbe riguardata come una violenza, poichè non sarebbe *adversus bonos mores.* Ma la minaccia di un padre al figlio di privarlo della sua successione con mezzi indiretti, per esempio, di vendere tutti i proprii beni mediante una rendita vitalizia, se non voglia prestar consenso ad un dato atto,

(a) Appresso noi la diredazione viene ammessa in determinati casi, siccome abbiamo osservato nella nota al n.° 379, Vol. VIII. Trad.

fare una data rinuncia, avrebbe un carattere di gravezza che, unito al timore riverenziale, potrebbe essere una causa della nullità dell' atto, soprattutto se questo atto fosse sottoscritto a favore del padre e se la minaccia fosse altronde chiaramente stabilita. Ma minacce vaghe fatte da un padre al figlio di privarlo della sua successione, senza dimostrazione della volontà di porle in esecuzione, non dovrebbero riguardarsi, per massima generale, come fatte coll' intenzione di mandarle ad effetto; almeno la quistione di semplice fatto dipenderebbe da tutte le circostanze della causa.

155. Il solo timore riverenziale della moglie verso del marito nettampoco è sufficiente per far annullare i contratti che ella abbia formati seco o con terzi colla di lui autorizzazione. Tanto fu giudicato parecchie volte, in ispecie nel Parlamento di Provenza con decisione degli 8 gennaro 1582, il quale rigettò la dimanda per rescissione, formata da una donna, della vendita de' suoi beni parafernali, a cui pretendeva di aver condisceso come indotta a farlo dal timore maritale (1).

Il Parlamento di Digione giudicò nel medesimo senso negli 11 luglio 1601, dichiarando per massima che « il solo timore maritale non è bastante « a far rescindere un contratto, senza pruova di « forza e di violenza (2). »

Nondimeno la prescrizione non corre contro la

(1) Di *San-Giovanni*, decisione 5.

(2) Bouvot, tomo II, alla parola *violenza*.

moglie durante il matrimonio nel caso in cui il marito avendo venduto i beni proprii della moglie senza di lei consenso, è garante della vendita, nè in alcuno de' casi in cui l' azione della moglie contra i terzi si potesse rivolgere contra il marito; art. 2256 c. c. = *2162 ll. cc.* Si suppone che essa sia impedita di agire per timore maritale.

156. Vie maggiormente il solo timore riverenziale del subordinato verso il suo superiore (1), del domestico verso il padrone, non è una causa di nullità.

Ma in tutti questi casi il timore riverenziale sarà una circostanza capace di dare maggior gravezza alla violenza effettiva che si fosse usata.

157. La violenza comprende in sè il dolo, e si può opporre a chi abbia fatto violenza l'una e l'altra eccezione: *eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, et consumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum opposita*; l. 14, §. 13, ff. *quod metus causa.*

Avvi nondimeno questa differenza che l' eccezione nata dal timore può essere opposta ancorchè la violenza non siasi usata dalla parte contraente, ma da un terzo, e questa parte non ne sia stata complice (art. 1111 c. c. = *1065 ll. cc.*); mentrechè l' eccezione nata dal dolo non può essere opposta se non a chi l' ha commessa. E se fosse un terzo senza che la parte ne sia stata complice, non si può opporla a quest' ultima (art. 1116 c. c. =

(1) L. 6, Cod. *de his quæ vi metusve causa.*

1070 ll. cc.); salvo l' azione contra il terzo; art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*

Questa distinzione, ben notata nel Codice civile, s' indica chiaramente dal giureconsulto Paolo, nella l. 4, §. 33, ff. *de doli mali et metus exceptione*, in cui egli riprende Cassio per aver detto in modo troppo generale, che colui al quale è permesso di opporre l' eccezione di timore, può per questo stesso motivo opporre quella di dolo.

158. L' azione che nasce dalla violenza o dal timore, per far rescindere il contratto e dimandare la restituzione de' beni che si fossero consegnati in esecuzione di questo contratto, e sotto l' influenza del timore (giacchè altrimenti l' esecuzione volontaria, in istato di libertà, purgherebbe il vizio; art. 1115 e 1338 c. c. = *1069 e 1292 ll. cc.*), non è precisamente una delle azioni che si chiamano *personali*; ma va compresa fra quelle che i giureconsulti chiamano in *rem scriptæ*, giacchè viene accordata puranche contra ogni detentore de' beni alienati per effetto della violenza o del timore (1); il che deve nondimeno intendersi nel nostro diritto de' beni mobili, attesa la massima *in fatto di mobili il possesso vale per titolo* (art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*); senza pregiudizio nondimeno de' casi in cui la violenza avesse le caratteristiche del furto o della rapina; nei quali casi la rivendicazione potrebbe anche intentarsi contra i terzi du-

(1) Voet *ad Pandect.*, tit. *quod metus causa*, n.° 5. *V.* la l. 9, §. 8, e la l. 14, §. 5, ff. *hoc tit.*

*

rante tre anni (*ibid.*), con le condizioni e distinzioni stabilite nell' art. 2280 c. c. = *2186 ll. cc.*

Allorchè i beni sieno passati in mano de' terzi prima di rivendicarli direttamente contra di essi, bisogna far rescindere il contratto in contraddittorio colla parte contraente; ma a fine di non dover intentare due azioni, è convenevole di rivolgersi contro la parte e di mettere in causa i terzi detentori, per far dichiarare la sentenza comune con essi.

Se i beni sieno ancora in mano della parte o suoi eredi, devesi conchiudere da prima contro di essi per la rescissione del contratto, e susseguentemente nella medesima dimanda, per la restituzione de' beni.

159. Siccome l' azione contra la parte contraente ha un carattere misto, in quanto che ha per oggetto la rescissione di un contratto, il che la rende *personale*, ed in quanto che si agisce per rivendicazione de' beni alienati, il che le dà la caratteristica di azione *reale*, può essere intentata o innanzi al tribunale del domicilio del reo convenuto, o innanzi a quello del luogo dove esistono i beni, a scelta dell' attore; art. 59 c. pr. civ. = *151 ll. pr. civ.*

160. Abbenchè i fatti materiali che il notaio attesta *de visu et auditu* non possano impugnarsi che coll' iscrizione in falso, non è men vero d' altra parte che quando un atto autentico sia impugnato non come falso, ma come estorto per violenza o coazione, i fatti di violenza possono al pari di tutti quelli che costituiscono delitti o quasi delit-

ti, essere stabiliti mediante la pruova testimoniale, nonchè per mezzo di presunzioni di natura tale da convincere i magistrati (1).

Infatti la violenza o la coazione racchiude il dolo, e l'atto può anche essere impugnato per quest' ultimo vizio, allorchè la parte contraente sia autore o anche semplicemente complice della violenza. Or il dolo, come lo diremo in appresso, può provarsi per mezzo di testimoni, ed i magistrati, quando l'atto sia impugnato per questo vizio, possono anche determinarsi in forza di presunzioni gravi, precise e concordanti; art. 1353 c. c. = *1307 ll. cc.*

Altronde nel caso di violenza come in quello di dolo, la parte lesa non poteva procurarsi una pruova scritta de' fatti che allega, il che in conseguenza rende applicabile la disposizione dell' art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*

161. L' eccezione che nasce dalla violenza o dal timore è *reale*, giacchè cade sul contratto; in conseguenza può essere invocata dal fideiussore dato dal debitore, abbenchè questo fideiussore non sia obbligato pel timore; l. 14, §. 6, ff. *hoc tit.*, ed art. 2036 c. c. = *1908 ll. cc.* Ma se il solo fideiussore sia stato coazionato, il debitore non può opporre l'eccezione: medesima legge 14, §. 6.

162. Se la violenza sia stata commessa da più

---

(1) *V.* in questo senso la decisione della Corte di Tolosa del 7 giugno 1826, e l'arresto di conferma della Corte di cassazione in data del 5 febbraio 1828; *Sirey* 1828, 1, 252.

persone esse sono, come delinquenti, solidalmente risponsabili de' danni ed interessi aggiudicati alla parte lesa (art. 55 c. pen. = *51 ll. pen.*); ma la restituzione delle cose ed il pagamento de' danni ed interessi fatto da uno d'essi liberano gli altri rispetto alla parte che ha sofferto la violenza (art. 1200 c. c. = *1153 ll. cc.*), senza pregiudizio delle pene ed ammende che fossero pronunziate contra ciascuno de' colpevoli, e delle spese della procedura verso lo Stato.

163. Se la cosa data per effetto della coazione sia perita nelle mani di chi usò la violenza, la perdita vien da lui sofferta, abbenchè la cosa sia perita per caso meramente fortuito; giacchè egli era in mora a restituirla per la natura medesima del fatto. Altronde egli può assomigliarsi al ladro, su cui cade la perdita della cosa, in qualsivoglia modo sia dessa avvenuta; art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*, e l. 1, Cod. *de his quæ vi metusve causa*; Voet *ad Pandect. hoc tit.*, n.° 8.

Ma se la cosa perisca per caso fortuito in mano ad un terzo di buona fede, e prima che sia stato in mora a restituirla, la perdita non vien da lui sofferta, ma lo è soltanto da chi esercitò la violenza; l. 14, §. 5, ff. *hoc tit.*

164. « Un contratto non può essere più impu-
« gnato per causa di violenza, se, quella cessata,
« sia stato approvato espressamente o tacitamente,
« o si lasci trascorrere il tempo stabilito dalla leg-
« ge per impugnarlo; art. 1115 c. c. = *1069*
« *ll. cc.* »

E questo tempo, giusta l'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, è di dieci anni dacchè cessò la violenza.

È questa puranche una specie di tacita approvazione, ma che risulta dal solo silenzio della parte lesa; mentrechè quella di cui parla l'art. 1115 c. c. = *1069 ll. cc.* risulta da fatti da sua parte. Per esempio, se abbia demolito o locato la casa che fu forzato di comprare, o se abbia ricevuto il prezzo di quella che aveva venduto; se abbia del pari liberamente pagato la somma da lui promessa in un altro contratto: in somma in tutti i casi in cui il contratto sia stato volontariamente eseguito dopo cessata la violenza, avvi tacita approvazione, ratificazione o conferma, giusta l'art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*

Ma perchè l'approvazione espressa risultante da un atto sia valida, è d'uopo, ai termini di questo medesimo articolo, che si trovi in detto atto la sostanza dell'obbligazione confermata o ratificata, la menzione del motivo dell'azione per nullità o per rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione era fondata. Si vollero prevenire le sorprese.

§. III

Del dolo o della frode.

SOMMARIO.

165. *Il dolo puranche vizia i contratti che ne sono infetti; che cosa intendasi per dolo: dritto romano.*

166. *I Romani dicevano* dolus malus; *ma appresso noi la parola* dolo *si prende sempre in cattivo senso.*

167. *Definizione del dolo giusta l' art. 1116 c. c.*

168. *Generalmente le quistioni di dolo sono quistioni di fatto lasciate alla saggezza de' tribunali.*

169. *Il dolo che diè origine al contratto,* dolus dans causam contractui, *è il solo che formi una causa di nullità.*

170. *Circa agl' inganni commessi nel corso del contratto,* dolus incidens, *possono soltanto dar luogo ad una diminuzione di prezzo o a danni ed interessi*

171. *Diversi esempii di dolo incidente datici dal dritto romano.*

172. *I contratti detti* bonæ fidei, *ai quali avea dato origine il dolo, eran forse nulli di pieno dritto nella romana legislazione?*

173. *Allorchè il dolo del venditore riguardava i difetti della cosa che la rendevano impropria all' uso cui era destinata o che avrebbero impedito al compratore di comprare se gli avesse conosciuti, questo dolo dava luogo allo scioglimento del contratto; ed è lo stesso vigente il Codice.*

174. *Il Codice ha conservato, circa alla nullità del contratto, la distinzione delle leggi romane e degli autori tra il dolo principale ed il dolo incidente.*

175. *La distinzione tuttavia non sarà sempre facile a farsi nell' applicazione.*

176. *Bisogna che il dolo sia stato commesso da una delle parti perchè possa essere una causa di nullità; a differenza della violenza: ragioni di tal differenza.*

177. *Ma la complicità della parte contraente basta per far annullare il contratto, se senza tai rigiri l' altra parte non avrebbe contrattato.*

178. *E dev' essere reputata complice, quando anche nulla avesse*

fatto personalmente per ingannar l' altra parte, se conosceva i rigiri usati dal terzo, e non ne avertì l' altro contraente.

179. *Pothier credeva eziandio che se il contratto cagionasse un grave danno alla parte, vi sarebbe nullità, quando anche l' altra parte avesse ignorato i rigiri: ma sembra che la sua opinione non sia statu adottata dal Codice.*

180. *Quando il contratto sia annullabile per causa di dolo di una delle parti, l' altra ha azione anche contra i terzi detentori degl' immobili consegnati o ceduti; controvertito: dimostruzione.*

181. *Ogni specie di mala fede non è un dolo di natura tale da dar luogo alla nullità.*

182. *Ed ogni specie di dissimulazione di un fatto che premeva all' altra parte di conoscere neanche è una causa di nullità. Caso trattato negli Officii di Cicerone.*

183. *Caso giudicato dalla Corte di cassazione.*

184. *Altro caso giudicato dalla medesima Corte.*

185. *Effetti della dissimulazione del venditore riguardo ai difetti della cosa venduta: diverse distinzioni.*

186. *Circa alla nullità del contratto, il dolo commesso dal tutore, dal mandatario o altro rappresentante dalla parte, si reputa essere stato commesso dalla parte medesima.*

187. *Quello commesso dal mandatario in pregiudizio del mandante, senza complicità dell' altra parte, non nuoce a quest' ultima.*

188. *Posso, secondo le circostanze della causa, dimandare lo scioglimento del contratto che io feci con colui il quale, anche senza mala fede, m' indusse in errore.*

189. *Il dolo della parte contraria nel corso di un giudizio dà luogo al ricorso per ritrattazione.*

190. *La falsità negli atti, o la loro falsificazione, è un dolo qualificato misfatto.*

191. *L' abuso di una firma in bianco da parte di quello cui era stata affidata è un dolo qualificato delitto.*

192. *Il semplice stellionato è un dolo: questo dolo per sè stesso non è un misfatto o un delitto qualificato.*

193. *Lo scrocco è un dolo qualificato delitto; quando avvi scrocco? I fatti di frode o di dolo che non hanno le caratteristiche dello scrocco o di qualunque altro delitto, sono solamente della competenza de' tribunali civili.*

194. *Nell' antica giurisprudenza di rado avveniva che il dolo dava luogo ad un' azione straordinaria o criminale. L' azione di dolo appo i Romani era infamante.*

195. Il dolo non si presume : dev' essere provato e chiaramente stabilito. Il magistrato può nondimeno ricercarlo e discoprirlo coll' aiuto di presunzioni di fatto, gravi, precise e concordanti.

196. Il dolo può provarsi con testimoni, anche senza un principio di pruova per iscritto.

197. L' eccezione che nasce dal dolo può essere invocata dal fideiussore della parte ingannata.

198. La ratificazione del debitore, dopo la fideiussione, non può privare il fideiussore del dritto d' invocare l' eccezione.

199. Come possa purgarsi il vizio del dolo.

165. Un terzo vizio di cui può essere infetto il consenso, e che per conseguenza dà luogo eziandio alla nullità del contratto, è il dolo; ed intendesi per dolo, ogni astuzia, ogni macchinazione o rigiro usato per circonvenire, sorprendere ed ingannare qualcuno. I giureconsulti romani lo definivano, *omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circunveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*; l. 1, §. 2, ff. *de dolo malo*; oppure: *cum alterius circumscribendi causa, aliud agitur, aliud simulatur* (a), l. 7, §. 9, ff. *de pactis.*

Cicerone, nel libro III de suoi *Officii*, riferisce un esempio ben degno di notarsi dell' uso di tali astuzie o rigiri, da parte di un certo Pizio, per vendere il suo giardino a Caio Cannico.

166. I Romani avean uso di aggiungere alla parola *dolo* l' epiteto di *cattivo*, *dolus malus*, per distinguerlo dagli stratagemmi che si usano verso l' inimico, o dalle astuzie che si praticano verso

(a) Il dolo ha luogo, secondo l' espressioni di S. Agostino (*serm. 22 de Jacob. et Esau*) *quando aliud est in intentione, aliud in factis.* Trad.

un ladro per sorprenderlo (1); ma appo noi la parola *dolo* prendendosi sempre in cattivo senso, sarebbe una specie di pleonasmo il dire *cattivo dolo.*

167. Secondo il Codice (art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*) , « Il dolo è causa di nullità della con-« venzione, quando i rigiri praticati da uno de' « contraenti sieno evidentemente tali che senza di « essi l' altra parte non avrebbe contrattato. »

« Il dolo non si presume, ma dee provarsi. »

168. La quistione se il dolo di cui si querela una parte sia ciocchè l' ha indotto a contrattare, è una quistione di fatto, la cui estimazione è lasciata alla saggezza del magistrato, che dee badare se effettivamente il contratto avvenne pei rigiri allegati e provati; e la sua sentenza a tal riguardo può essere riformata in appello come un *mal giudicato*, ma in generale essa non è soggetta alla censura della Corte suprema (a).

Tuttavolta se una sentenza in ultima istanza o una decisione qualifichi *dolo* fatti che non offrono evidentemente nè macchinazione nè inganno, questa falsa qualificazione non è soltanto un mal giudicato, ma una contravvenzione alla legge, e per ciò un mezzo di cassazione, come lo giudicò la Corte suprema con arresto di cassazione del 4 giugno 1810; *Sirey*, tomo X, parte 1, pagina 377.

169. Soltanto adunque il dolo il quale indusse

(1) L. 1, §. 5, ff. *de dolo malo.*

(a) *V.* la parola *Ricorso per annullamento* nel mio *Repertorio giudiziario.* TRAD.

una delle parti a contrattare, e che per tale ragione gli autori chiamano dolo principale, *dolus dans causam contractui*, è quello il quale rendesi una causa di nullità, o per meglio dire di annullamento. Tal vizio ancora non è per sè stesso una causa bastante di nullità del matrimonio, almeno tal'è la nostra opinione, nonchè quella di Pothier e della maggior parte degli autori. Puossi vedere quanto fu da noi detto su tal punto nel titolo del matrimonio, tomo II, n.[i] 60 e 65.

170. Rispetto agl'inganni commessi da una delle parti verso l'altra nei contratti ordinarii, ed i quali non avessero fatto sorgere nella parte ingannata l'idea e l'intenzione di contrattare, e che gli autori chiaman per ciò *dolus incidens*, essi dan luogo ad un'azione per danni ed interessi o ad una diminuzione di prezzo; giacchè qualunque fatto dell'uomo che nuoce ingiustamente altrui, obbliga il suo autore a riparare il danno cagionato (art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*): generalmente però non sarebbe dessa un'azione per nullità di contratto, ma semplicemente l'azione nata dal fatto, stabilita da questo art. 1382.

171. In generale puossi dire di esservi dolo principale, *dolus dans causam contractui*, allorchè una delle parti non pensava da principio a contrattare, e vi fu indotta a farlo sol dai rigiri dell'altra; e di esservi semplicemente dolo incidente ogni qualvolta una persona aveva l'intenzione di contrattare, per esempio, perchè ne ave-

va fatto essa medesima la proposta, ma fu ingannata dall' altra parte sopra alcuna condizione del contratto, come sul prezzo, o sopra qualche cosa compresa o che essa credette compresa nel contratto; in guisa che quando anche non vi fosse stato dolo, avrebbe ugualmente contrattato, ma soltanto non l' avrebbe fatto col medesimo svantaggio.

La legge 13, §. 4, ff. *de act. empti et venditi*, ci offre l' esempio di un caso in cui il dolo non è che incidente. Si tratta in questa legge di un venditore il quale per vendere uno schiavo ad un prezzo più vantaggioso, aveva dichiarato che questo schiavo possedeva un' industria particolare, o che amministrava un peculio, mentrechè nulla di ciò era vero: *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut præstaret emptori quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.*

Nel paragrafo seguente, il compratore è al contrario quello il quale ingannò il venditore, e che colla mira di comprar da lui una eredità a miglior prezzo, aveva sottratto o nascosto diverse cose o titoli di questa medesima eredità; ed il giureconsulto Ulpiano dà al venditore l' azione di vendita per ottenere i suoi danni ed interessi per tuttociò che vendette meno tale eredità, a motivo delle cose sottratte.

172. Ma quando effettivamente il dolo aveva da-

to origine al contratto, questo contratto era soggetto a rescissione (1), ed anche, secondo la comune opinione de' dottori, addiveniva nullo di pieno dritto, se era del numero di quelli detti *bonæ fidei* (2).

173. Del resto quando il dolo del venditore cadeva sopra difetti che aveva la cosa, ancorchè non fosse stato che incidente, generalmente avrebbe dato luogo allo scioglimento del contratto col mezzo dell' azione redibitoria, se il difetto rendeva la cosa impropria all' uso cui era destinata, o diminuiva talmente quest' uso, che il compratore non l' a-

---

(1) La l. 5, Cod. *de rescindenda venditione*, non parla che della rescissione, quantunque sembri nondimeno dai termini di questa legge che si trattava di una specie in cui appunto il dolo di una delle parti aveva dato origine al contratto: *Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provinciæ animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonæ fidei (quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur), RESCINDI venditionem jubebit.*

(2) La legge 3, §. 3, ff. *pro socio*, dichiara positivamente la nullità di pieno dritto di un contratto di società formato per effetto del dolo di una delle parti : *Societas si dolo, vel fraudandi causa inita sit, ipso jure nullius momenti, quia bona fides contraria est fraudi et dolo.*

La l. 7, *princip.* ff. *de dolo malo*, sembra di esser puranche nel senso della nullità di pieno dritto.

Ma taluni autori, specialmente i professori di Lovanio, *in Recitat. ad Pandect. tit. de dolo malo*, sostengono che per massima il dolo, abbenchè avesse dato luogo al contratto, anche in quelli detti *bonæ fidei*, come la vendita, la locazione, non lo rendeva nullo di pieno dritto; che dava soltanto un' azione alla parte lesa per farlo rescindere, lo che era lungi dall' essere la medesima cosa. Del resto appresso noi in nessun caso di dolo il contratto è nullo di pieno dritto; art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.*

vrebbe comprata se avesse conosciuto il difetto. Ed avvien lo stesso vigente il Codice; art. 1641 e 1644 c. c. = *1487 e 1490 ll. cc.* insiem combinati. Altronde il difetto per sè stesso basterebbe a far annullare il contratto, supponendo tal vizio occulto.

174. Ci sembra dimostrato che, riguardo al mantenimento o alla rescissione del contratto, il Codice civile nell' art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc*, abbia puranche adottato la distinzione de' giureconsulti, tra il dolo ch' essi chiamano principale, *dolus dans causam contractui*, ed il dolo incidente, poichè esso dichiara che il dolo non è una causa di nullità, se non quando i rigiri praticati da una delle parti sien tali da essere evidente che, senza tai rigiri, l' altra parte non avrebbe contrattato: lo che non vuol dire, *non avrebbe contrattato colle medesime condizioni*, ma vuol dire, *non avrebbe fatto il contratto*, non avrebbe menomamente contrattato.

175. È d' uopo nondimeno convenire da un' altra parte, che in questo caso un contratto che le parti han da principio e l' una e l' altra intenzione di formare, tuttavolta non avverrebbe, nè si compirebbe per mancanza di accordo sopra ciascuna delle sue condizioni, senza i rigiri praticati da uno de' contraenti per indur l' altro a consentire alla tale o tal' altra di queste medesime condizioni; ed allora è vero il dire che il dolo sia la causa effettiva del contratto. Laonde, come lo abbiam già

detto, è questo un punto lasciato alla saggezza del magistrato, che prenderà soprattutto in considerazione l'importanza dell' oggetto sul quale una delle parti fu dall' altra ingannata; e se non puossi annullare il contratto, ma una delle parti nondimeno sia stata lesa per effetto della mala fede dell'altra, si limiterà a pronunziare i danni ed interessi che fossero sussidiariamente dimandati, e sino alla concorrenza del danno sofferto. Tal è lo spirito del Codice; ed a questo riguardo sarebbe pericoloso determinarsi per argomenti attinti senza precauzione dalle leggi romane, le quali, in molti casi in cui il dolo evidentemente non aveva prodotto il contratto, ma era stato soltanto commesso nel corso della convenzione, per ingannar una delle parti sul tale o tal altro oggetto, accordano alla parte lesa il dritto di domandare lo scioglimento del contratto, nonchè quello di ottenere semplicemente una indennità, a sua scelta (1).

176. Come già avemmo occasione di dirlo, avvi una importante differenza tra il caso di dolo e quello di violenza, e tal differenza eravi ugualmente nel dritto romano e nei nostri antichi principii.

(1) *V.* specialmente le l. 11, §. 5, l. 13, §. 27, ff. *de actione empt. et vend.*

Del resto giova osservare che molti interpetri, anche la maggior parte, fanno la distinzione che noi facciamo, opinando che nel caso in cui il dolo effettivamente produsse il contratto, la parte lesa abbia il dritto dimandarne lo scioglimento oppure i danni ed interessi, a sua scelta; ma, secondo essi, la parte non può domandare che i danni ed interessi o una diminuzione di prezzo, allorchè il dolo sia soltanto incidente.

Allorchè si tratta di violenza, anche quando sia stata usata da altri che da quello a cui vantaggio ebbe luogo la convenzione, senz'alcuna specie di complicità da parte di quest' ultimo, lo che avverrà di rado, ma infine ciocchè può accadere poichè la legge il suppone, non è meno una causa di nullità (art. 1111 c. c. = *1065 ll. cc.*); mentrechè giusta l'art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*, il dolo non è una causa di nullità se non quando i rigiri sieno stati praticati *da una delle parti.*

La ragione di tale differenza deriva dalla natura medesima di entrambi questi difetti: chiunque sia che abbia usata la violenza, è vero il dire che la parte non acconsentì liberamente; e se fosse obbligata di provare che fu violentata da colui col quale contrattò, o che questi fu complice della violenza, sarebbe la maggior parte del tempo nella impossibilità di far simile pruova, perchè il fatto di violenza potè essere stato commesso da persone travestite e mascherate, a fin di non essere conosciute, e di evitare in tal modo il castigo che ad esse spetterebbe se lo fossero. Per questa ragione appunto il giureconsulto Ulpiano, nella l. 14, §. 3, ff. *quod metus causa*, dice che la violenza ha in sè qualche cosa di occulto per rapporto a coloro che l' esercitano, e per conseguenza che non si è nell'obbligo di farli conoscere: *nam* CUM METUS HABEAT IN SE IGNORANTIAM, *merito quis non adstringitur ut designet quis metum vel vim adhibuit; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum.*

Ma siffatta ragione non si applica al dolo, che suppone fiducia da parte della persona ingannata in colui che la ingannò; è sua colpa di essersi fidato troppo leggiermente a lui, ed il danno da essa provato non è un motivo bastante da annullare un contratto fatto in buona fede dall' altra parte, e che ha altronde una giusta causa, come si suppone, giacchè senza di ciò l'atto sarebbe annullabile sotto un altro rapporto. Aggiungasi che la parte lesa per effetto del dolo ha un' azione per danni ed interessi contra chi la ingannò, che lo conosce, e che devesi naturalmente supporlo solvibile, perchè ordinariamente non si ripone mai la propria fiducia in quelli che non han nulla a perdere: se ciò si faccia, debbasi imputare alla propria temerità. Mentrechè quest'azione per danni ed interessi, nel caso di violenza, potrebbe essere senza effetto, o perchè non si conoscesse colui che usò la violenza, o perchè fosse insolvibile, attesochè fatti di tal natura, che espongono a gravi pene, non sono ordinariamente commessi da persone agiate.

177. Del resto non bisogna dubitare che, nel caso di dolo come in quello di violenza, il contratto sarebbe ugualmente annullabile, se la parte fosse complice; giacchè il complice è colpevole al pari dell'autore medesimo del fatto; ed appunto per tal motivo le leggi penali lo puniscono generalmente colla medesima pena; art. 59 c. pen. = *74 ll. pen.*

178. Che anzi quando anche questa parte non

avesse somministrato all'autore del dolo alcun mezzo per commetterlo, e sotto tal riguardo non fosse rigorosamente complice nel senso delle leggi penali, nondimeno se al tempo del contratto conosceva i rigiri e non ne avesse avvertito l'altra parte, vi sarebbe luogo ugualmente alla nullità. Non sarebbe ciò in fatti una semplice dissimulazione, la quale ordinariamente non basta a costituire un dolo qualificato; ma un' associazione illecita ad un fatto illecito, nella mira di profittarne, e che renderebbe annullabile il contratto, se non fosse stato fatto senza i rigiri.

179. Pothier credeva ancora che, sebbene la parte contraente fosse stata interamente estranea alla frode usata dal terzo, e non ne avesse avuto conoscenza al momento dal contratto, tale contratto dovesse sempre rescindersi se cagionava un grave danno all' altra parte; giacchè, egli diceva, qualora taluno vuol trarre vantaggio da una convenzione la quale in realtà non è altro che il risultamento della frode, si associa a simil frode; ed è questo il caso di dire, col giureconsulto Paolo, nella legge 36, ff. *de verb. oblig.: Etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, idem est; cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolum facit, quod petit.*

Ma l'opinione di Pothier, comunque equa essa sia, non sarebbe tuttavolta ammessa vigente il Codice: l'art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.* vi si opporrebbe. Altronde indipendentemente dall' azione

per danni ed interessi che avesse la parte lesa contra il terzo il quale gli nocque maliziosamente, questa parte potrebbe invocare la nullità dell'obbligazione per mancanza di causa o per falsa causa, se di fatti la causa mancasse o fosse falsa; lo che avverrà facilmente in simil caso nelle promesse unilaterali. E potrebbe eziandio dimandarne la nullità per errore, se effettivamente fosse caduto errore sulla sostanza medesima della cosa che costituisse il contratto. Tutte queste considerazioni, aggiunte alla disposizione positiva dell'art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*, il quale richiede evidentemente che i rigiri sieno stati praticati da *una delle parti* per poter viziare il contratto, non permettono dunque di adottare l'opinione di Pothier sopra tal punto particolare.

180. Del resto dacchè diciamo che, quando il dolo sia stato praticato da un terzo, senza complicità da parte di quello a cui vantaggio l'obbligazione fu contratta e senza che n'ebbe allora conoscenza, non puossi annullare il contratto sul fondamento del dolo, non bisogna conchiuderne che, quando la frode sarà stata commessa da uno de' contraenti, i terzi detentori degl'immobili consegnati per effetto di tal vizioso contratto, non potrebbero esser convenuti dalla parte lesa: nulla nella legge autorizzerebbe una simile conclusione.

In fatti la parte non potè loro trasmettere se non i dritti che avea, per conseguenza dritti soggetti all'evento della risoluzione, come lo erano in sua

mano. L'art. 2125 c. c. = *2011 ll. cc.* risolve ciò in un modo generale, assoluto, senz' alcuna distinzione, riguardo alle ipoteche, dicendo che « quelli che non hanno sull' immobile altro che un « dritto sospeso da una condizione, o soggetto ad « essere risoluto in casi determinati, o ad essere « rescisso, non possono contrarre, se non una ipo- « teca sottoposta alle medesime condizioni o alla « stessa rescissione. »

L' art. 2182 c. c. = *2076 ll. cc.* lo risolve purauche riguardo alla proprietà, in questi termini: « Il venditore non trasferisce al compratore se non « i dritti che egli stesso aveva sulla cosa venduta »

E l' art. 1681 c. c. = *1527 ll. cc.* accorda evidentemente al venditore l'azione di rescissione per causa di lesione (meno favorevole di quella risultante dal dolo) contra un terzo subacquirente.

Altronde l' art. 1109 c. c. = *1063 ll. cc.* dichiara espressamente che non vi è valido consenso (e per conseguenza valido contratto: art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*), se il consenso è stato dato per errore, se fu estorto con violenza, o fu *carpito con dolo.* Or se non avvi contratto valido, la parte che ha commesso il dolo non ha potuto acquistare in modo assoluto la proprietà de' beni in virtù di un tale atto; e se l' ha acquistato, non potè trasmetterla ad altri.

Si opporrebbe forse che il dolo non ha che effetti personali, e che perciò dev' essere stato commesso dalla parte medesima per addivenire una

causa di nullità del contratto? Ma conveniamo che bisogna effettivamente che il dolo sia stato commesso da una delle parti per viziare l' obbligazione e produrre l' azione di nullità, e che soltanto questa parte e suoi eredi sieno soggetti ai danni ed interessi per ragion del fatto: sotto tale rapporto i senza dubbio, il dolo produce unicamente effetti personali, perchè son d' essi effetti diretti. Laonde l' azione di dolo non potè esser mai esercitata se non contra colui che l' aveva commesso; anzi nel dritto romano non era accordata contra i suoi eredi: costoro erano soltanto tenuti coll'azione *in factum*, ed anche unicamente sino alla concorrenza di quanto avevano profittato del dolo del loro autore. Ma non si tratta dell' azione di dolo, ed a tal riguardo fa d' uopo evitare ogni equivoco; si tratta della nullità, o se si voglia, dell' annullamento di un contratto che fu formato per effetto di un dolo, di una frode che viziò il consenso della parte lesa; e rescisso ed annullato che sia questo contratto, allora esercita il suo impero la massima che niuno può trasmettere ad altri dritti maggiori di quelli che egli stesso ha. Sotto tale aspetto il dolo produce indirettamente effetti contra i terzi.

Si dirà puranche che i terzi non debbano soffrire per la colpa della parte che mal collocò la sua fiducia, e che si lasciò ingannare; che se questa parte non avesse contrattato, l' altra non avrebbe avuto forse il mezzo d' indurli in errore sulla natura de' suoi dritti? che essi non potettero scor-

gere nel suo titolo un vizio qual' è il dolo? Ma perchè queste obbiezioni fossero decisive, bisognerebbe dir puranche che, in caso di errore, la parte stessa che si è ingannata ha eziandio assai meno il dritto di procedere contra i terzi detentori de' beni alienati; giacchè deve ancora assai meglio imputare a sè stessa il proprio errore; e se v' era un caso in cui la massima *nemo plus juris in alium trnsferre potest, quam ipse habet*, doveva soffrire eccezione, certamente era in quello di errore, *quia inter errantem et patientem nulla est dubitatio*. Nondimeno il Codice non ne fa: esso dice su tal caso, come su quelli di dolo o di violenza, che non avvi valido consenso se fu dato soltanto per errore. Or, ripetiamolo pure, se non avvi valido consenso, non v' ha contratto valido, nè valida trasmissione di proprietà; e quegli che ricevette la cosa in esecuzione di un tale contratto non potè trasmetterla che così come l' aveva: una rivendita di beni fatta da questa parte non potè togliere a quella ch'erasi ingannata o che era stata ingannata, i dritti che aveva ancora su questi medesimi beni mediante l' azione di nullità dalla legge accordatale, perchè chi ha un' azione per ricuperare una cosa si reputa di avere la cosa medesima: *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*; l. 15, ff. *de regul. juris*. Siffatta azione di rescissione, nel caso di dolo ugualmente che in quelli di errore o di violenza, non fu limitata circa ai beni medesimi al solo

tempo durante il quale fossero ancora in mano dell' altra parte; essa è accordata indistintamente per dieci anni dal giorno che fu scoverto il dolo, ed è accordata alla parte con tutte le conseguenze inerenti al dritto di proprietà impropriamente alienato, o piuttosto realmente conservato, mediante l' effetto della *nullità* del contratto.

La buona fede de' terzi non è una sì potente considerazione da far tacere tal dritto: essa altronde non sarà sterile; somministrerà loro il mezzo di acquistare la proprietà de' beni colla prescrizione di dieci e venti anni, se hanno un giusto titolo (valido ancora sotto il rapporto della forma), e di fare proprii i frutti finchè saranno in buona fede; ma in generale son dessi gli effetti che produce la buona fede.

Si aggiunga che la dottrina contraria avrebbe i più gravi inconvenienti: se la parte che commise la frode fosse insolvibile, non mancherebbe di darsi premura di vendere immantinenti i beni a qualunque prezzo, ed in tal modo renderebbe così assolutamente illusoria l' azione per nullità alla parte ingannata. Se d' altra banda avvi qualche inconveniente in quanto che i terzi in buona fede sieno esposti a soffrire un danno per effetto della insolvibilità del loro venditore, contro al quale allora non avrebbero che uno sterile regresso per garantia, tale inconveniente si rinviene in molti altri casi, e le leggi lo prevedettero, stabilendo precisamente una prescrizione mediante un decorso di tempo ben

più corto di quando non avvi buona fede, e facendo eziandio lucrare i frutti a coloro che l'hanno in lor favore.

Noi insistiam tanto su tale quistione sol perchè l'abbiamo veduta sì vivamente controvertire sul pretesto che il dolo produce unicamente effetti personali, che può soltanto dar luogo a' danni ed interessi, e che in questi danni ed interessi si trova puranche compreso l'annullamento del contratto; ma che tale annullamento e gli effetti che ne seguono hanno luogo solo tra le parti e loro eredi. Tuttociò è arbitrario; la legge negli art. 1108, 1116, 1117, 1304 ed altri, parla espressamente della nullità o rescissione del contratto, e se il dolo ha effetti personali, è nel senso che per dar luogo alla nullità della convenzione, a differenza della violenza, dev'essere stato commesso dalla parte contraente. Ma verificatosi tal caso, annullatosi o rescisso il contratto, gli effetti contra i terzi debbono essere gli stessi, sia che si tratti di dolo, di errore o di violenza. Tal'è lo spirito del Codice; tutte le sue disposizioni ne fanno fede; nessuna, anche l'art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*, da cui si è falsamente argomentato, può somministrare un sostegno all'opinione contraria.

Voet, *ad Pandectas*, tit. *de dolo malo*, n.° 3, dimostra chiaramente, a creder nostro, con molti testi del dritto romano esaminati e combinati, che nelle regole di quella legislazione, il dolo principale, *dolus dans causam contractui*, rendeva

nulli, *ipso jure*, i contratti detti *bonæ fidei* (1) i quali ne erano infetti, e che la proprietà non era alienata per effetto di simili contratti, perchè una nuda tradizione non basta a trasferirla; che bisogna una giusta causa a tale effetto, come chiaramente lo dice la legge 31, ff. *de acquir. rer. dominio*; in conseguenza che la parte lesa aveva la rivendicazione contra i terzi, e qualunque altro detentore de' beni rilasciati sotto la influenza, sempre sussistente del dolo, finattantochè questi terzi non ne avevano acquistato la proprietà col mezzo della prescrizione. Ed il detto autore cita in sostegno della sua opinione, quella di moltissimi dotti giureconsulti; dice puranche che la quistione fu generalmente giudicata in tal senso dalle Corti dell' Olanda e del Belgio.

Or appresso noi tutti i contratti si reputano di

(1) Come la vendita, la locazione, la società, ec.; venivan chiamati di *buona fede*, per opposizione ai contratti di *stretto dritto*, come la stipulazione, il prestito di consumo, nei quali il gudice aveva un potere di giudicare circoscritto dalla formola indicata dal pretore o magistrato e non poteva fuori di tai limiti pronunziar cosa alcuna a favore dell' attore; e questa formola era dettata nei termini medesimi della convenzione. All' opposto nei contratti *bonæ fidei* il magistrato aveva una più estesa facoltà di giudicare, perchè la formola era conceputa in modo da dargliela: doveva giudicare *ex æquo et bono*; per cui poteva, secondo la natura della convenzione, accordare interessi, quantunque non fossero stati convenuti; per esempio nella vendita di una cosa produttiva di frutti, accordava gl' interessi al venditore dal giorno in cui il compratore era entrato in godimento; mentrechè in materia di stipulazione o di mutuo, non avrebbe potuto aggiudicare gl' interessi che non fossero stati stipulati. Del resto la buona fede doveva presedere a tutti i contratti.

buona fede (1). Vero è che la nullità non ha luogo di pieno dritto, che convien domandarla giudizialmente (art. 1117 c. c. = *1071 ll. cc.*); ma siffatta differenza non influisce per nulla riguardo allo scioglimento della quistione; imperocchè il dritto di ottenere l'annullamento del contratto rappresenta la proprietà in mano della parte, e fa che l'autore del dolo non potè altrui trasmettere dritti che egli non avea, o, in altri termini, che potè trasmettere sol quelli che aveva, e per conseguenza dritti soggetti all'effetto della risoluzione o annullamento del suo titolo.

Sarebbe dunque mera immaginazione il pretendere che vigente il Codice la rescissione o la nullità di un contratto per causa di dolo, altro non sia che una dimanda per danni ed interessi celata sotto tale dimanda per nullità o rescissione, e che questi danni ed interessi non possano essere pronunziati se non contra la parte contraente che commise il dolo, o contra il suo erede. Ciò non è maggiormente vero nel caso di dolo che in quello di violenza commesso dalla parte medesima; noi lo proviamo invincibilmente con l'art. 1109 c. c. = *1063 ll. cc.*, il quale fa cadere il vizio di dolo *sul consenso* medesimo, per infettarlo e renderlo nul-

---

(1) Abbenchè il Codice abbia conservato in taluni degli effetti, specialmente per ciò che concerne gl'interessi, la differenza ch'esisteva nel dritto romano tra i contratti detti *stricti juris* ed i contratti detti *bonæ fidei*. Si confrontino specialmente gli art. 1153, 1650, 1846 e 2001 c. c. = *1107, 1476, 1718 e 1873 ll. cc.*

lo, e che pone tal vizio assolutamente al medesimo livello di quello di errore o di violenza, sotto la condizione espressa dall'art. 1116 c. c. = *1071 ll. cc.*, che il dolo sarà stato commesso da una delle parti, e che i rigiri saranno stati tali da essere evidente che, senza di siffatti rigiri, l'altra parte non avrebbe contrattato. Or supponghiamo che le cose sien così avvenute, che ciò sia riconosciuto in fatto.

Poco importa che la domanda per rivocazione di una donazione fatta per causa d'ingratitudine non pregiudichi nè alle alienazioni eseguite dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli avesse potuto imporre sui beni donati, purchè questi atti sieno anteriori all'iscrizione che fosse stata fatta dell'estratto della dimanda di rivocazione in margine della trascrizione (art. 958 c. c. = *883 ll. cc.*); non avvi alcuna parità tra questo caso e quello di un contratto infetto da dolo. Questo contratto è viziato sin da principio, mentreche la donazione, da principio, era pura, e non dovè dipender poscia dal donatario, rendendosi ingrato, di far svanire i dritti da lui conferiti a' terzi sui beni donati. Che anzi gli atti formati dopo il fatto d'ingratitudine, ma prima dell'iscrizione della dimanda per rivocazione, in margine della trascrizione, son mantenuti riguardo ai terzi, salvo il regresso del donante contra il donatario, perchè questi terzi non potettero conoscere tal fatto, ed essi contrattavano con un individuo ancora proprietario

de' beni. In somma non si tratta in tal caso di una *rescissione* o di un *annullamento* di contratto; si tratta soltanto della *rivocazione* di un beneficio. Mentrechè nel caso di un contratto cui il solo dolo di una delle parti diè evidentemente origine, si tratta di una rescissione o annullamento di contratto, come vien dimostrato dagli art. 1108, 1109, 1116, 1117 e 1304 c. c. = *1062*, *1063*, *1070*, *1071 e 1258 ll. cc.*, insiem combinati.

181. Siccome il dolo comprende ogni specie di astuzia e di macchinazione, ne segue che vi sono molte gradazioni. Ma non bisogna credere perciò, anche per quanto riguarda semplicemente i danni ed interessi, che ogni specie di mala fede sia un dolo nel senso della legge. Imperocchè quando un mercante esalta il valore della sua mercanzia, e ne vanta scientemente la qualità molto al di sopra di quel che è in fatti, quantunque si possa dire in tal caso, *aliud simulari*, *aliud esse*, tuttavolta non avvi dolo, se non usò altri mezzi par ingannare il compratore; e la vendita sarà validissima, se altronde la cosa non sia infetta da vizii redibitorii. « Una parte, dice Pothier (1), non dev' essere « ascoltata qualora si lagni di queste leggere vio- « lazioni che avesse apportato alla buona fede co- « lui col quale contrattò; altrimenti vi sarebbe gran « numero di convenzioni le quali si troverebbero « nel caso della rescissione; lo che darebbe luogo

(1) *Delle obbligazioni*, n. 30.

« a molte liti, e cagionerebbe un disordine nel « commercio. » Appunto in questo senso dicesi comunemente che il venditore ed il compratore, il locatore ed il conduttore possono *lecitamente* ingannarsi sul valore o sul prezzo della cosa venduta o locata, come il dichiarano molti testi del dritto romano, specialmente la l. 8, Cod. *de rescind. vendit.*, l. 16, §. *penult.* ff. *de minorib.* (1); l. 22, §. ult., ff. *locati-conducti.*

182. La semplice dissimulazione di una delle parti di un fatto che premeva all'altra di conoscere, e la cui conoscenza avrebbe potuto anche impedirle di formare il contratto, o almeno di formarlo colle medesime condizioni, è forse in taluni casi una specie di dolo nel foro interno, ma non nel senso della legge, allorchè questo fatto è indipendente dal contratto in sè stesso e dalle condizioni che vi sono inerenti. Tal' è il caso trattato nel 3.° libro degli *Officii* di Cicerone, ove si parla di un negoziante di grano arrivato a Rodi in tempo di carestia, prima di un gran numero di altre navi similmente cariche di grano, ed il quale aveva esposto il suo in vendita, sapendo ch'era seguito da dette navi. Cicerone dimanda se il negoziante doveva o pur no avvertire i Rodj di siffatta circostanza; ci riferisce su tal quistione il parere di due filosofi stoici, Diogene ed Antipatro: il primo pensava che il negoziante potesse lecitamente dissimulare la

---

(1) *In pretio emptionis et venditionis,* dice questa legge, *naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.*

conoscenza che aveva delle navi che lo seguivano, e vendere il suo grano al prezzo corrente. Antipatro suo discepolo, il cui parere sembra adottare Cicerone, credeva all' opposto che tale dissimulazione fosse contraria alla buona fede.

È inutile il dire che simili quistioni non possono trattarsi che sotto il rapporto del foro interno, e non sotto quello del dritto civile. Per cui Pothier medesimo (1), uno de' giureconsulti più scrupolosamente attaccati ai principii della mera equità, dice, che « l'opinione di Cicerone soffre gran dub- « bio *anche nel foro della coscienza*, e che la « maggior parte di coloro che scrissero sul dritto « naturale la considerarono come spinta troppo « oltre.

183. Ma ragionevolmente fu giudicato in cassazione (2), che colui il quale, per le qualità da lui assunte in una lite, pel modo di procedere da lui adottato, aveva tenuto a bella posta il suo avversario in un errore il quale gli era stato in fine pregiudizievole producendo una prescrizione, erasi renduto colpevole di dolo, e doveva essere risponsabile de' danni ed interessi risultanti dall' errore che aveva cagionato e da cui aveva tratto profitto.

184. Tuttavolta la medesima Corte suprema giudicò con arresto di cassazione (3), che le semplici promesse fallaci non costituiscono sempre un dolo,

---

(1) *Trattato del contratto di vendita*, part. II. cap. 2, n. 242.
(2) Arresto di rigetto del 5 febbraro 1811; *Sirey*, 1812, 1 153.
(3) Arresto del 2 novembre 1812; *Sirey*, 13, 1, 146.

e che colui che se ne pretende vittima non è autorizzato, sotto pretesto di dolo o di frode, ad invocare l'art 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*, a fin di essere ammesso, per eccezione all'art. 1341 c. c. = *1295 ll. cc.*, a provare con testimoni il fatto della promessa; specialmente che il venditore con facoltà di ricompra il quale lasciò decorrere il termine convenuto sulla pretesa promessa fatta dal compratore di una prolungazione di questo termine, non sia ammessibile a fare con testimoni, senz'alcun principio di pruova per iscritto, la pruova di tal promessa; che deve, se essa sia avvenuta, accusar soltanto la sua facilità e la sua cieca fiducia di esservisi troppo leggiermente fidato. In conseguenza l'arresto riformò una decisione della Corte di Torino la quale aveva ammesso la pruova testimoniale di una tal promessa, sotto pretesto che eravi stato dolo a farla per non mantenerla, ed indurre con tal mezzo il venditore in una falsa sicurezza, che gli addivenne fatale, lasciando scorrere il tempo utile per esercitar la ricompra.

185. La dissimulazione del venditore riguardo ai vizii occulti della cosa venduta, i quali la rendono impropria all'uso a cui era destinata, o che diminuiscono talmente quest'uso, che il compratore non l'avrebbe comprata se gli avesse conosciuti, non è per sè stessa ciocchè dà luogo allo scioglimento del contratto; ma l'esistenza de' vizii è quella che lo rende risolvibile, poichè lo è anche quando il venditore non gli avesse conosciuti, ammenochè in tal

caso non avesse stipulato di non essere tenuto ad alcuna garantia; art. 1643 c. c. = *1489 ll. cc.* Ma questa dissimulazione è un dolo, di cui il venditore sarebbe risponsabile verso il compratore, il quale avrebbe il dritto di domandare, oltre lo scioglimento del contratto, i danni ed interessi pel pregiudizio che gli avessero cagionati i vizii (art. 1645 c. c. = *1491 ll. cc.*), anche quando il venditore evesse stipulato che non sarebbe tenuto ad alcuna garantia; giacchè siffatta stipulazione non libera mai dall' obbligo di esser di buona fede (art. 1628 c. c. = *1474 ll. cc.*), e la buona fede richiedeva che facendo la vendita e la stipulazione di cui si tratta, il venditore avvertisse il compratore de' vizii della cosa. Laonde non è esente da qualunque danno ed interesse, se non quando ignorava i vizii della cosa: allora è semplicemente tenuto alla restituzione del prezzo ed alle spese cagionate dalla vendita (art. 1646 c. c. = *1492 ll. cc.*); e se la cosa sia perita per effetto della sua cattiva qualità, la perdita è da lui sopportata; art. 1647 c. c. = *1493 ll. cc.*

186. Circa alla nullità del contratto, il dolo commesso dal tutore, dal mandatario della parte, o da qualunque altra persona che la rappresenta, è considerato come se fosse stato commesso dalla parte stessa. Ciò vien dichiarato dalla legge 15, ff. *de dolo malo*, la quale deve trovar la sua applicazione nel nostro dritto. Ma in generale i danni ed interessi non potrebbero esser reclamati che contra

il tutore o il mandatario, ammenochè il mandante non avesse specialmente imposto puranche i fatti di dolo, lo che non si presumerebbe. Il mandante non è tenuto di ciò che il mandatario ha fatto al di là delle facoltà accordategli; art. 1998 c. c. = *1870 ll. cc.* Tuttavolta non dovendo la parte profittare del dolo, sarebbe tenuta a restituire ciò da cui realmente trasse vantaggio per effetto della frode.

187. Ed allorchè il dolo sia stato commesso dal mandatario o dal commessionato in danno del mandante o committente, senza complicità da banda dell' altra parte, il mandante ha contra il mandatario l' azione di mandato, o qualunque altra analoga, per farsi rendere indenne del danno sofferto: ma non ne ha, circa a tale oggetto, contra la parte estranea al dolo.

188. Se io abbia contrattato con alcuno che in verità non ha usato rigiri per circonvenirmi, ma che mi ha indotto nondimeno in errore sopra un fatto, la cui sola credenza mi ha potuto indurre a contrattare, posso secondo le circostanze domandare l' annullamento della mia obbligazione, ancorchè l' errore non cadesse che sul semplice *motivo* di tale obbligazione, e non sulla *causa* che ne formava il vincolo. Giacchè colui che per sua colpa, imprudenza o negligenza, mi arreca un danno, è obbligato a risarcirlo (art. 1382 e 1383 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.*) : or il risarcimento in tal caso consiste a liberarmi dalla mia obbligazione.

189. Il dolo della parte avversa nel corso di un giudizio, apre l'adito al ricorso per ritrattazione; art. 480-1.° e 10° c. pr. civ. = *544 ll. pr. civ.*

190. La falsificazione degli atti pubblici o privati è un dolo, e questo dolo si reputa misfatto; art. 140 e 150 c. pen. = *272 a 276 e 293 ll. pen.*

191. L'abuso di confidenza di colui al quale fu affidato un foglio in bianco colla sola sottoscrizione è un delitto (art. 407 *ibid.* = *430*, *n.° 3 ibid.*): nel caso in cui l'abuso sia stato commesso da quello a cui non erasi affidato il foglio in bianco con sottoscrizione, questo abuso è un misfatto; *ibid.*

192. Lo stellionato è puranche un dolo, ma non va annoverato nella classe de' misfatti o anche dei delitti; dà luogo soltanto a pronunziare l'arresto personale contra colui che l'ha commesso, per costringerlo maggiormente ad eseguire l'obbligazione che deve adempiere (art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.*); e lo rende indegno del beneficio di cessione; art. 905 c. pr. civ. = *982 ll. pr. civ.*

Avvi stellionato allorchè taluno venda o ipotechi un immobile, sapendo di non esserne il proprietario; o che asserisca come liberi i beni già sottoposti ad ipoteche, o dichiari ipoteche minori di quelle alle quali i beni sono soggetti; medesimo art. 2059 c. c.

193. È massima costante che per esservi luogo ad applicare una pena correzionale per causa di dolo commesso in materia di contratto, è necessario che tal dolo abbia dato origine al contratto, e conten-

ga inoltre le caratteristiche di un delitto; che se sia stato praticato incidentemente nel corso d' un contratto o di un negozio, non è nelle attribuzioni de' tribunali di polizia correzionale, e può semplicemente dar luogo a riparazioni civili.

Siffatta massima è fondata sulla lettera e sullo spirito delle leggi penali (art. 4 e 405 c. pen. = *60 e 430 n. 5 ll. pen.* insiem combinati): nondimeno in tal materia si fa talune volte una confusione troppo erronea delle regole che la reggono: veggonsi deferire ai tribunali correzionali fatti che sono unicamente di competenza della giurisdizione civile, lo che obbliga per conseguenza questi tribunali a dichiararsi incompetenti, e ciocchè in fatti accade ordinariamente.

L'art. 405 c. pen.=*430 n.° 5 ll. pen.* prevede e punisce la specie di dolo qualificato *scrocco*, e gli art. 406, 407, 408 e 409 c. pen. = *433*, *434 e 430*, *n. 3 e 4 ll. pen.* parlano del dolo qualificato *abuso di confidenza.*

Ma perchè vi sia *scrocco*, secondo il primo di questi articoli, è d' uopo che qualcuno « o facendo « uso di nomi e di qualità false, ovvero impiegando « artifizii fraudolenti per persuadere l' esistenza di « false intraprese, di un potere o di un credito « immaginario, o per far nascere la speranza o il « timore di un successo, di un accidente o di qualsivoglia altro avvenimento chimerico, si avrà fatto « rimettere o consegnare fondi, mobili o obbligazio- « ni, disposizioni, biglietti, promesse, quietanze o

« discarichi; e avrà con uno di questi mezzi scroc-
« cato o tentato di scroccare la totalità o una parte
« delle altrui facoltà. »

In questo caso la pena è di una prigionia di un anno almeno e di cinque al più, e di un'ammenda di cinquanta franchi almeno, e di tremila al più. Ed il colpevole può inoltre essere interdetto dall' esercizio de' dritti mentovati nell' art. 42 del medesimo Codice = 27 *ll. pen.* per cinque anni almeno, e per dieci al più, da contarli dal giorno in cui avrà terminata la sua pena; il tutto senza pregiudizio delle pene più gravi se vi è misfatto di falso.

Si scorge che questa disposizione punisce gli artifizii messi in uso per appropriarsi fraudolentemente la totalità o parte delle altrui facoltà. Uno di questi rigiri consiste a far uso di falsi nomi o di false qualità; gli altri non furono specificati e non potevano esserlo senza inconveniente, perchè la frode prende mille e mille forme a fin di pervenire al suo scopo secondo le circostanze ed il grado d' intelligenza o di credulità di coloro contra i quali vien diretta. Qualunque però sia la specie di frode praticata, è necessario, perchè colui che la commise sia giudicabile con questa disposizione, che l' abbia usata a persuadere l' esistenza di false intraprese, o di un credito immaginario, o per far nascere la speranza o il timore di un successo, di un accidente, o di qualunque altro avvenimento chimerico, colla mira di appropriarsi tutto o parte delle altrui sostanze;

altrimenti la frode non è più che una specie di dolo ordinario, di cui debbono i soli tribunali civili conoscere, e sulla dimanda della parte lesa.

Appunto per prevenire queste false applicazioni della pena dello scrocco, osserva Merlin nel suo *Repertorio*, v. *scrocco*, in nota, i compilatori del Codice penale del 1810 omisero nell' art. 405 di quel Codice la voce *dolo*, che si trovava nell' art. 35 del titolo 2 della legge del 22 luglio 1791. « La soppressione della voce *dolo* che si trovava « nelle precedenti leggi, disse Faure, consigliere « di Stato, nell'esposizione de' motivi di questa parte « del Codice penale del 1810, toglierà ogni pretesto « di supporre che vi sia un delitto di scrocco colla « sola intenzione d' ingannare. Approfondendo i « termini della definizione si vedrà che la legge « non vuole che la procedura per iscrocco possa « aver luogo senza un concorso di circostanze ed « atti precedenti i quali escludano ogni idea di un « giudizio meramente civile. »

Si volle in fatti prevenire questo genere di frode il quale, nella corruzione de' costumi, si esercita con grandissima facilità verso le genti semplici e creduli: per cui non si credè bastante di annullare le obbligazioni che ne fossero state la conseguenza; si stabilirono inoltre pene severe contra gli autori di tal delitto. Ma queste pene non dovevano estendersi ad altri casi: le analogie non sono ammesse in materia criminale; l' art. 4 c. pen. = *60 ll. pen.* le rigetta altamente, prevedendo che azioni colpevoli (che

chiama anche *misfatti*) potrebbero effettivamente essere commesse, e non debbono tuttavia essere punite con alcuna pena, se non fossero punibili ai termini della legge allorchè sieno avvenute.

194. Nell' antica giurisprudenza avveniva ben di rado che il dolo desse luogo ad un procedimento straordinario o criminale.

Appo i Romani l' azione di dolo era infamante; ma per questa ragione non potevasi intentarla se non quando non eravi altra azione o mezzo per ricuperare ciocchè erasi perduto per effetto del dolo; l. 1, *princip.*, e l. 7, *princip.* ff. *de dolo malo.* Questa azione non aveva mai luogo quando il danno era minimo: riputavasi tale allorchè non eccedeva due scudi d' oro (1); l. 10, ff. *de dolo malo.*

195. Il dolo, dicemmo precedentemente, non si presume, ma deve provarsi; art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*

Dev' esserlo eziandio, come dicono le leggi romane(a), *idoneis testibus, vel apertissimis docu-*

---

(1) Sull' estimazione dello scudo d' oro de' Romani, *V.* Cuiacio. 19, *observ.* 21.

(a) *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*, è detto nella legge 6 *Cod. de dol. mal.* Ed Ulpiano nella legge 7, §. 10 ff. *eod.* insegnò: *Nisi ex magna, et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari.* Lo stesso è da dirsi ancora della violenza, o del timore, dappoichè il dolo insidia l' intelletto, lasciando il libero arbitrio, e la violenza offende e distrugge siffatto libero arbitrio.

Infatti Ulpiano nella legge 23 ff. *quod metus causa* non ebbe per verisimile, *aliquem compulsum in urbe qui claram dignitatem se habere prætendebat*, opinando che chi allega la violenza, dovesse *hujusmodi præsumptioni apertissimas probationes violentiæ opponere.*

mentis, vel indiciis ad probationem indubitatis ac luce clarioribus; l. ult. Cod. *de probat.*

Il dolo non si presume, e nondimeno l'art. 1353 c. c. = *1307 ll. cc.* permette ai giudici di non ammettere se non *presunzioni* gravi, precise e concordanti, allorchè l'atto sia impugnato per causa di dolo o di frode. Ma questa disposizione non è contraria a quella del detto art. 1116. No, il dolo non si presume, cioè non si *suppone*, qualunque sia la persona colla quale fu formato il contratto impugnato per questa causa; tale persona sarebbe stata condannata per causa di frode. Al contrario si presume *sempre* la buona fede: e spetta a colui che allega la mala fede il provarla; art. 2268 c. c. = *2174 ll. cc.* Ma dacchè il dolo per sè stesso non si presume, non ne segue che il magistrato non debba ponderare nella sua saggezza tutte le circostanze del fatto, allorchè l'atto davanti a lui prodotto sia impugnato per causa di frode; al contrario è suo dovere di rintracciare la verità con tutti i mezzi che possono ragionevolmente condurre a scoprirla; e se il tal

---

Il Reggente Tappia riporta nella *Decisione decima sesta* l'esame del giudizio di nullità promossa dal Fisco contra un testamento fatto da un cavaliere Genovese nelle carceri, dove nell'istesso giorno che aveva contratto le nozze con la figlia di un magistrato supremo dispose a favore di sua moglie; testamento che dicevasi dal Fisco di essersi estorto con dolo e violenza. Or nel far conoscere l'andamento di questa grave contestazione, che occupò anche il supremo Consiglio d'Italia, ed il cui risultato fu la validità del testamento essendo mancata la piena e concludente pruova della violenza e del dolo, avverte questo scrittore del *Codice Filippino* colla sua solita sagacità, che: *Receptiasimum est apud omnes jureconsultos nostros, probationes in hac materia debere esse luce meridiana clariores.* Trad.

fatto *conosciuto*, provato, conduce naturalmente a credere l'esistenza del tale fatto *ignoto*, che sarebbe il fatto di frode allegato, allora questo stesso ultimo fatto è provato, perchè le presunzioni, se non sono assolutamente pruove, stanno nondimeno invece di pruove nei casi dalla legge determinati. Il dolo allora si trova stabilito dalle circostanze del fatto e da semplice presunzione o congettura. In somma la legge non volle che il dolo potesse arbitrariamente supporsi in alcun caso; ma permise di dimostrarlo con circostanze del fatto, già note o provate, e dalle quali il magistrato, per via di conseguenza, desumerà la pruova *morale* dall' esistenza del fatto ignoto, che forma l' oggetto della sua investigazione. Se non fosse stato così, la frode troppo spesso avrebbe avuto un successo felice; giacchè chi usa il dolo per appropriarsi i beni altrui, non lascia, per quanto da lui dipende, prove chiare e positive de' suoi rigiri.

196. La pruova de' fatti di frode e di dolo può farsi ancora con testimoni (a), abbenchè di tai fatti

(a) Il dolo devesi provare: *decisioni dei 17 febbraio 1820 e dei 12 agosto 1823 nella causa tra* Zambi ed Audria, *e tra* Romano e Gaillard *della nostra Corte Suprema di giustizia.* Il dolo può eccepirsi anche in appello, ed è sempre sottoposto alla convizione morale del giudice: *decisione degli 11 aprile 1826 nella causa tra* Gargiulo *e* de Nicola *della detta Corte Suprema di giustizia.* La semplice ammissione dell' azione del dolo non sospende l' esecuzione del pubblico istrumento, menochè quando dietro l' istruzione siensi acquistate pruove per lo scovrimento del dolo: *decisione dei 28 agosto 1823 nella causa tra* Stoppa *e* Tortoli *della detta Corte suprema di giustizia.* Il dolo e la frode possono provarsi anche con testimonii; *decisione del 1 marzo 1828 nella causa tra* Scala *ed* Argenziano *della cennata Corte suprema di giustizia.* Trad.

non vi fosse alcun principio di pruova scritta. Ciò non va soggetto a verun dubbio quando il dolo ha la caratteristica dello scrocco, perchè allora è un delitto qualificato, e la pruova de' delitti, innanzi ai tribunali aventi incarico di reprimerli, si fa con testimoni, senz'alcuna restrizione apportata dalle leggi civili; ma siffatta risoluzione si applica eziandio ai casi in cui un atto sia impugnato per causa di frode o di dolo innanzi ai tribunali civili; giacchè è vero il dire che la parte ingannata non potè procurarsi una pruova letterale del fatto di cui si duole, lo che rende applicabile la disposizione dell'art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*, e dà luogo per conseguenza ad ammettere la pruova testimoniale, ancorchè l'interesse della causa fosse al disopra di centocinquanta franchi.

Indubitatamente è pericoloso abbandonare l'evento degli atti alla fede sovente dubbiosa di alcuni testimoni; ma d' altra banda sarebbe troppo a temersi di assicurare alla frode un successo certo, escludendo il solo genere di pruova che possa avere, nella maggior parte de' casi, quegli che fu circonvenuto o ingannato. Per lo che la comune opinione degli autori ammette questa pruova. Jousse, sull'art. 4 del titolo 20 dell' ordinanza del 1667, si esprime così: « La pruova de' fatti di frode e di dolo « può puranche farsi per mezzo di testimoni, del « pari che de' fatti di forza e di violenza che si « pretende di aver avuto luogo nel contratto, o altro « atto; perchè spessissimo è impossibile di fare in

« altro modo queste specie di pruove (1).

L' art. 1353 c. c. = *1307 ll. cc.* sembra in verità contrario a tale opinione: esso dice che il magistrato non deve determinarsi col soccorso delle presunzioni, se non quando sieno gravi, precise e concordanti, *e solamente nei casi nei quali la legge ammette le pruove testimoniali, purchè però l' atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.*

Or, si dirà, se la pruova testimoniale fosse ammessa quando l'atto è impugnato per causa di frode o di dolo, queste ultime parole dell' articolo, *purchè però l' atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo*, non avrebbero alcun senso; non istabilirebbero una eccezione alla regola che le presunzioni abbandonate alla saggezza del magistrato non debbono determinare la sua decisione se non nei casi solamente in cui la legge ammette le pruove testimoniali: nondimeno sembra che essi evidentemente la facciano.

Senza dubbio simile compilazione si presta a tale interpetrazione, ma non bisogna arrestarvisi. In fatti da talune parole gettate in un articolo il quale non aveva per oggetto speciale lo stabilire il modo con cui si proverebbe il dolo, nè soprattutto il risolvere se potrebbesi o pur no pro-

(1) É tale puranche la opinione di *Caronda* nei suoi *responsi*, lib. 7, cap. 187; di Mornac sulla l. *dolum* del Codice, tit. *de dolo malo*, di Argentré, sull' art. 269 della consuetudine di Bretagna, v. *frode*, e finalmente di Pothier, *delle obbligazioni*, n. 765.

vare colla sola pruova testimoniale, non devesi inferire che i compilatori del Codice intesero di escludere tal prova. Essi vollero soltanto determinare in qual caso il magistrato potrebbe pronunziare giusta le presunzioni che abbandonarono alla sua saggezza. Sarebbe ciò anche contrario allo spirito in cui questo articolo fu conceputo; imperocchè se le presunzioni delle quali parla non debbono ammettersi se non nei casi in cui la pruova testimoniale potrebbe esserlo, ed anche se il giudice può rigettarle del pari che ammetterle, mentrechè non potrebbe rigettare la pruova testimoniale, egli è perchè queste medesime presunzioni non offrono agli occhi del legislatore più certezza della stessa pruova testimoniale, anzi ne offre da meno ancora: or se esse sono nonpertanto ammesse nel caso in cui l'atto sia impugnato per causa di dolo o di frode, per la medesima ragione la pruova testimoniale, la quale si considera come presentante altrettanta garantia della verità del fatto, dev'essere similmente ammessa (a).

197. Producendo il dolo una eccezione perentoria di nullità, quando i rigiri praticati da una delle parti sieno stati tali, che senza di tai rigiri l'altra non avrebbe contrattato, emerge che il fideiussore di chi si è obbligato per effetto di dolo può trarre argomento da tal vizio, al pari del debitore medesimo, per far annullare la sua obbligazione; art. 2036 c. c. = *1908 ll. co.*

(a) Vedi la nota al n.° 357 del tomo decimoterzo. Trad.

198. La ratifica del debitore dopo la fideiussione non potrebbe togliere anche al fideiussore un tal mezzo di liberazione (art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc. in fine*), se questi non avesse pure ratificato: giacchè subito che il fideiussore acquistò un mezzo di liberazione, anche per un fatto personale del debitore, non dipende più da costui il toglierglielo. La l. 62, ff. *de pactis* stabilisce espressamente questa massima, sulla quale noi avremo in appresso più volte occasione di parlare.

199. Parimenti che un contratto viziato di violenza non può essere più impugnato per questa causa allorchè sia stato espressamente o tacitamente approvato, o allorchè la parte abbia lasciato scorrere il tempo della restituzione stabilito dalla legge, così un contratto infetto dal vizio di dolo neanche può essere impugnato dopochè sia stato ratificato, o volontariamente eseguito, o allorchè sia passato il termine della restituzione; art. 892, 1338 e 1304 c. c. = *812, 1292 e 1258 ll. cc.*

§. IV.

Della lesione.

SOMMARIO.

200. *Intendesi generalmente per lesione il danno risultante da un' erronea estimazione delle cose che sono la materia di taluni contratti, o il danno che soffrono talune persone per effetto delle loro convenzioni.*

201. *Questa erronea estimazione non vizia che taluni contratti, e perchè.*

202. *In questi contratti, la lesione è una causa di rescissione, indipendentemente dalla persona che li formò.*

203. Ogni divisione nella quale uno de' condividenti soffre una lesione di più del quarto, è soggetta a rescissione per siffatta causa.

204. Il venditore d'immobili, leso più di sette dodicesimi nel prezzo, può eziandio domandare la rescissione per causa di lesione.

205. La lesione può dar luogo ancora a reclamare nel caso preveduto dall' art. 1854, ed in quello preveduto dall' art. 683 c. c.

200. A' termini dell' art. 1118 c. c. = *1072 ll. cc.*, la lesione vizia le convenzioni soltanto in taluni contratti, o per riguardo a talune persone.

In un senso speciale, ch' è quello di questo art. 1118, la lesione è il risultato di un errore sull'estimazione delle cose che son l' oggetto di un contratto (1), o il risultamento di un' erronea estimazione delle cose che formano la materia di una divisione. Si chiama così puranche il pregiudizio che talune persone, cioè i minori, provano per effetto delle loro convenzioni.

201. Non cadendo questa specie di errore sulla cosa medesima, o sulla sua sostanza, ma soltanto sopra il suo valore, non è per dritto comune una causa di nullità o di rescissione, perchè il valore delle cose è estrinseco, arbitrario, variabile in ragione

(1) Laonde Pothier, Molineo e molti altri giureconsulti, ammettono la rescissione per lesione enorme, tanto in favore del compratore che in favore del venditore, perchè, dicon essi, il consenso del compratore, che ha dato al di là del doppio del valore di una cosa, è infetto di errore, come il sarebbe quello del venditore che avesse venduto al di sotto della metà del valore della cosa *V.* Pothier, *contratto di vendita*, n. 373. Il Codice risolvette in diverso modo (art. 1683 c. c. = *1529 ll. cc,*); esso non si determinò unicamente per motivo di errore, ma prese puranche in considerazione la particolare posizione de' venditori, i quali sovente astretti dal bisogno son obbligati a vendere a qualunque prezzo.

de' tempi, de' luoghi, e delle diverse circostanze, e la sicurezza delle negoziazioni sarebbe a ciascun istante compromessa se sotto il pretesto di lesione, se ne potesse dimandare la rescissione. Imperocchè quasi sempre incorre qualche ineguaglianza di valore nelle cose che le parti debbono reciprocamente darsi o fare l'una per l'altra; ma nella maggior parte de' casi tale ineguaglianza cessa, o almeno si suppone di cessare coll' interesse che ha una delle parti di avere ciocchè le manca, ancorchè il valore di quanto riceve sia minore in effetti del valore di quanto dà da sua banda.

202. Nondimeno vi sono de' casi in cui la lesione è una causa di rescissione; ma intendiamo con ciò principalmente la lesione che si mostra in taluni contratti, fatta astrazione dalla persona che li fece, perchè in fatti la lesione vizia le obbligazioni di talune persone, de' minori, attesta una specie d' incapacità risultante dalla mancanza di discernimento e d'intelligenza, e cade per conseguenza sul consenso, e lo vizia. Lo che spiegheremo parlando dell' incapacità de' minori.

203. I contratti nei quali la lesione è una causa di rescissione, quando tuttavia essa ancora si trovi sussistere nel grado determinato dalla legge, sono:

1.° Le divisioni; esse si possono rescindere allorchè uno de' condividenti prova di essere stato leso nella divisione oltre il quarto; salvo la facoltà che ha quegli ch'è convenuto coll' azione di rescissione di troncarne il corso offrendo un supple-

mento di porzione; art. 887 e 891 c. c. = *807 e 811 ll. cc.*

È indifferente che la divisione sia di una comunione o di una società, ovvero di una successione (art. 1476 e 1872 c. c. *1744 ll. cc.*), che siasi fatta giudiziariamente o con atto stragiudiziale, e che sia stato leso un maggiore o un minore di età: la legge non fa distinzione alcuna.

Possiamo del resto riportarci a quanto fu detto nel tomo VII, cap. 6, sez. 6.

204. 2.° I contratti di vendita (a) di stabili, allorchè il venditore sia stato leso di più di sette dodicesimi nel prezzo (art. 1674 c. c. = *1520 ll. cc.*), salvo il dritto che ha il compratore, nel caso in cui fosse ammessa l'azione per rescissione, di ritenere l'immobile, pagando il supplemento del giusto prezzo, colla deduzione del dodicesimo del prezzo totale; art. 1681 c. c. = *1527 ll. cc.*

205. 3.° La lesione può dar luogo ancora a reclamare, se i socii abbiano convenuto di rimettersi all'arbitramento di uno di loro, o di un terzo,

(a) Una vendita o cessione di dritti ereditarii colla indicazione di tutti gli oggetti alienati può essere impugnata per causa di lesione. *Fabro lib. 4. tit. 30 defin. 11, e decisione della nostra Corte Suprema di giustizia dei* 31 *marzo* 1827 *nella causa tra* Leone e Giunti.

Comunque il citato Antonio Fabro abbia dimostrato parlando degli *errori dei prammatici* (*decad. 8 err. 8*), che le ragioni proprie del contratto di vendita, le quali dettarono la legge 2. *Cod. de rescin. vend.* non possano applicarsi alla locazione, pure seguendosi la costante opinione del foro, sembra che siffatta lesione debbasi estendere anche all'enfiteusi: *Voet ad Pandect. lib. 18 tit. 5. n.* 15; Cirillo *de rescindenda venditione*. Trad.

per determinare le porzioni, e tale arbitramento sia ad evidenza contrario all' equità. Ma nessun richiamo è ammesso a tal riguardo, se sien decorsi più di tre mesi dal giorno in cui il socio che si pretende leso, ha avuto notizia dell' arbitramento, o quando dal suo canto abbia incominciato ad eseguirlo; art. 1854 c. c. = *1726 ll. cc. V.* puranche l'art. 883 c. c. = *803 ll. cc.*

§. V.

Della promessa che un terzo darà o farà.

SOMMARIO.

206. *Per massima; non puossi validamente promettere in proprio nome che per sè stesso: dritto romano.*

207. *Testo dell' art. 1119 c. c. che sancisce la stessa massima, e dell' obbligazione di rendersi garante per un terzo.*

208. *Non bisogna confondere la fideiussione colla promessa pura e semplice del fatto altrui; la prima è obbligatoria, e generalmente non lo è la seconda.*

209. *Chi promette semplicemente che un terzo darà o farà, non si reputa forse con ciò stesso di essersi renduto garante pel terzo? Opinioni degli autori su tal punto, discussione secondo lo spirito del dritto romano e dell' art. 1119 c. c. e risoluzione negativa.*

210. *Quando prometto il fatto di un terzo, in virtù del suo mandato, la massima non è più applicabile.*

211. *Avvien lo stesso nel caso della promessa del tutore pel minore.*

212. *Ed in taluni casi della promessa del marito per la sua moglie.*

213. *O di quella di un gestore di negozii per ciò che concerne la sua amministrazione.*

214. *E della promessa degli amministratori, sindaci, ec., per ciò che concerne la loro amministrazione.*

215. *Varii casi in cui chi promette in proprio nome il fatto di un terzo, è obbligato, quantunque non siasi espressamente renduto garante pel terzo.*

206. Egli è nell' ordine che non si possa obbligare un terzo senza il suo consenso (1), e le regole del dritto richiedono ancora che qualcuno per essere validamente obbligato prometta il proprio fatto e non il fatto altrui; talmentechè se io prometto semplicemente che un altro darà o farà, siccome con ciò non prometto che darò o farò io stesso, emerge che io non sono obbligato; simile promessa non mi vincola, perchè non ho obbligato me stesso a fare o a dare; ho promesso soltanto che un altro darebbe o farebbe (2).

Ciò vien detto espressamente da molti testi del dritto romano, in ispecial modo dal §. 3, *Instit. de inutilib. stipul.*, e dalla l. 83, *princip.* ff. *de verb. oblig.*, la quale si esprime così: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: itaquè alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obbligatur, nam de se quemque promittere oportet* (3).

(1) L. 3, Cod. *ne uxor pro marito.*

(2) Pothier, *delle obbligazioni*, n.° 56.

(3) Cuiacio su questa legge dice similmente: *inter stipulantem et promittentem non geritur negotium, si non se quid, sed alium daturum facturumve promittat.*

V. puranche la l. 65 ff. *fideiuss.* che stabilisce la medesima regola.

207. È questo puranche un principio adottato dal Codice nei seguenti termini: « Niuno in ge-
« nerale può *obbligarsi* o stipulare nel suo pro-
« prio nome, fuorchè per sè medesimo; art. 1119
« c. c. = *1073 ll. cc.*

« Ciò non ostante può taluno obbligarsi per un
« terzo, promettendo il fatto di costui. Tale pro-
« messa però dà soltanto dritto ad una indennità
« contra colui che si è obbligato, o che ha pro-
« messo la ratifica, se il terzo ricusa di adempie-
« re l'obbligazione »; art. 1120 c. c. = *1074 ll. cc.*

Ma allora si promette piuttosto il proprio fatto che quello del terzo; per cui lo stesso dritto romano in tal caso dichiarava verbale la promessa: ***Si quis alium daturum facturumve quis promiserit, non obbligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum.*** QUOD SI EFFECTURUM SE, UT TITIUS DARET, SPOPONDERIT, OBLIGATUR; ***§. 3, Instit. de inutilib. stip.*** innanzi citata.

In fatti quando io prometto di fare in modo che Tizio vi pagherà cinque, o, ciocchè si riduce allo stesso, quando io mi rendo garante che Tizio vi pagherà cinque, non avvi semplicemente promessa da mia parte che Tizio vi pagherà cinque, avvi di più promessa da mia parte che se Tizio non vi paghi cinque, ve li pagherò io. Prometto dunque per me stesso, ma condizionatamente, cioè se Tizio non faccia la cosa: or un'obbligazione condizionale può essere così valida come un'obbligazio-

ne pura e semplice; il vincolo di dritto può sussistere sì nell'una che nell'altra, basta che la condizione si effettui.

208. E non bisogna confondere colla promessa pura e semplice che io fo che Paolo vi darà tanto, o che farà la tale cosa per voi, la fideiussione che io assumo dell'obbligazione di Paolo, cioè la promessa di soddisfare tale obbligazione, se non la soddisfi Paolo (art. 2011 c. c. = *1883 ll. cc.*): non avvi somiglianza col caso preveduto dall'art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.* In questo si tratta di un'obbligazione principale, che io non posso imporre a Paolo, e che non contraggo io stesso; nell'altra si tratta di un'obbligazione accessoria ad una obbligazione principale validamente contratta da un'altra persona, e di cui garantisco semplicemente il pagamento, nel caso in cui il debitore non vi adempisse.

209. Del resto non senza qualche ragione si pretenderebbe che la promessa, benchè pura e semplice, del fatto altrui, comprende tacitamente l'obbligazione per chi la fece di rendersi garante che il terzo l'eseguirà, altrimenti l'eseguirà egli stesso col pagamento de' danni ed interessi che ne faranno le veci; imperocchè è massima puranche che le convenzioni debbono intendersi in un senso con cui possono produrre qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbero produrre alcuno (art. 1157 c. c. = *1110 ll. cc.*): or quella di cui si tratta non può produrre effetto che

i tendendola nel senso, che io volli obbligarmi nel caso in cui il terzo del quale promisi il fatto non volesse adempiere la mia promessa, poichè è chiaro che non potetti obbligare lui stesso senza del suo consenso; e nondimeno volli fare qualche cosa utile: bisogna supporlo, poichè si suppone che la convenzione fu fatta da vero. Laonde Vinnio (1), Grozio e molti altri autori, benchè convengano che questa promessa non era obbligatoria nel dritto romano, dicono di esser diversamente nella giurisprudenza seguita in Olanda e nel Belgio, perchè è naturale di credere che chi la fece non intese di fare una cosa assolutamente vana, quando il tenore dell'atto esprima al contrario, che le parti procedettero ben da vero. E secondo il dritto canonico, la promessa è obbligatoria (2).

Questa opinione di Grozio e di Vinnio ha ancora maggior forza nelle materie commerciali, in cui le regole sono più larghe e più particolarmente derivate dalla buona fede di quelle del dritto civile propriamente detto, ed in cui si segue vieppiù l'intenzione de' contraenti, che il senso letterale de' termini di cui essi fecero uso.

Per questi diversi motivi Pothier (3), dopo di aver ammesso che la regola del dritto romano è vera puranche nella nostra giurisprudenza, modifica talmente la sua opinione, che nel merito il suo pa-

---

(1) Sul §. 3 *de inutilib. stipul.*, innanzi citato.

(2) Covarruvia, *in cap. quamvis*, *de pact. in* 6, p. 2, §. 1.

(3) *Delle obbligazioni*, n.° 56.

rere su tal punto si avvicina a quello di questi autori: « *Si presume nondimeno facilmente*, egli « dice, *che chi ha promesso il fatto di un ter-* « *zo, intese di obbligarsi per questo terzo,* « *abbenchè non sia ciò espresso.* »

Ma è evidente che il Codice civile si è piuttosto approssimato alla teorica del dritto romano, poichè dice *per massima*: « Che niuno in generale « può *obbligarsi* o stipulare nel suo proprio no- « me, fuorchè per sè medesimo. » Quindi secondo il Codice la regola forma ciocchè Pothier riguardava per così dire come eccezione, per la restrizione vaga e troppo generale che apportava all'applicazione della massima, dicendo, « *Che si* « *presume facilmente che chi ha promesso il* « *fatto di un terzo, intese di obbligarsi pel terzo,* « *abbenchè ciò non siasi espresso.* » Convien dire al contrario, almeno secondo il Codice, che chi ha semplicemente promesso il fatto di un terzo, « *non* « *si presume facilmente di essersi obbligato per* « *questo terzo*; » imperocchè se tal presunzione sussistesse, l'art. 1120 c. c. = *1074 ll. cc.*, che ha per oggetto di stabilire la validità della promessa allorchè chi promette si obbliga pel terzo, sarebbe evidentemente superfluo.

Così dunque la promessa da me fattavi che Paolo abbatterà il tal albero del suo giardino il quale impedisce la vista della vostra casa, o pure che Paolo vi darà cento franchi, o qualunque altra simile promessa, non mi obbliga più di quel che

obbliga Paolo, perchè non promisi di dare o fare da me stesso, ma soltanto che un altro darebbe o farebbe, e neanche promisi che farei in modo che Paolo desse o facesse la cosa, obbligandomi per lui.

210. Ma soltanto la promessa che fo *in mio nome*, del fatto di un terzo, senza obbligarmi per lui, pecca per mancanza di vincolo e non è obbligatoria, e non quella che io fo in nome di un terzo giusta una qualità che mi autorizza a promettere per lui. Quindi il mandatario promette utilmente il fatto del mandante, perchè si reputa che il mandante medesimo prometta col suo ministero; per cui il mandatario se non eccedè i limiti del suo mandato, non è obbligato verso il terzo (art. 1997 c. c. = *1869 ll. cc.*), ammenochè non si sia personalmente obbligato.

211. Avvien lo stesso del tutore; egli rappresenta il minore negli atti civili (art. 450 c. c. = *373 ll. cc.*); e contrattando pel minore, obbliga quest' ultimo, e non obbliga sè stesso, ammenochè non siasi personalmente sottoposto a qualche garantia. Del resto l' espressione della qualità di tutore di un *tale* nell' atto, basta a dimostrare che il tutore procedè in nome del minore.

212. Il marito quando ha l' amministrazione de' beni di sua moglie (a), ed il contratto da lui fatto

(a) L' obbligazione che assume il marito pel fatto della moglie comunque separata di beni, non può estendersi anche pel fatto degli eredi della moglie medesima: *Decis. della quarta camera provvisoria della G. C. civile di Napoli dei 31 gennaio 1835 nella causa tra* Gonza e Mirelli Trad.

riguardi tale amministrazione, si considera come un mandatario legale, ed in conseguenza obbliga sua moglie. Spesso si obbliga egli puranche; ciò dipende dalla natura della regola colla quale i coniugi son maritati, dai termini del contratto e dalla qualità dell' obbligazione, come lo spiegheremo trattando *del contratto di matrimonio*.

215. E secondo l'art. 1375 c. c. = *1329 ll. cc.*, il proprietario il cui affare è stato bene amministrato deve adempire le obbligazioni che il *gestore* ha contratte *in suo nome* (1), dee farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte, e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte: donde emerge che il gestore, a differenza del mandatario, si trova astretto mediante gli obblighi che assume, anche in nome del proprietario: giacchè la legge obbliga costui ad adempirle a fin di farnelo indenne. Siffatta modificazione che soffre la massima che niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per sè medesimo, deriva dalla natura del quasi contratto di gestione di affare: i terzi che contrattarono col gestore dovettero credere ch' egli tacitamente si obbligaav di far accettare dal proprietario le obbligazioni che assumeva in costui nome riguardo alla sua amministrazione. Del resto avrebbero puranche un' azione *indiretta* contra il proprietario sino alla concorrenza di quanto ne avesse tratto vantag-

(1) Di lui proprietario, ciocchè indicano chiaramente le seguenti parole: *e farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte.*

gio per effetto delle obbligazioni contratte col gestore.

214. Avvi ancora altre persone i cui impegni sonno obbligatorii per coloro in nome de' quali esse contrattarono, purchè non abbiamo ecceduto i limiti de' loro poteri: tai sono gli amministratori di stabilimenti pubblici, gl' immessi in possesso de' beni di un assente, i sindaci di un fallimento, ec., ec.

215. Dippiù, soltanto *in generale* colui che promette *nel suo proprio nome* il fatto di un terzo non è obbligato per siffatta promessa; per conseguenza vi sono de' casi in cui avviene in diverso modo, indipendentemente da quelli in cui la persona che promise il fatto del terzo procedè in qualità di mandatario, di tutore o in altra qualità analoga, ed indipendentemente ancora dal caso in cui promise di farlo ratificare (1), o si obbligò per lui, o promise di adoprarsi in modo che questo terzo facesse la cosa, le quali tre clausole hanno il medesimo senso ed il medesimo effetto.

Quindi la massima non è applicabile ogniqualvolta la promessa del fatto del terzo possa riguardarsi come una delle cause o condizioni di un contratto che fa la parte per sè medesima, perchè allora si reputa promettere piuttosto *de sua persona quam factum alienum.* Nello stesso dritto romano la massima cessava allora di essere applicabile. Tali sono i casi in cui, contrattando con Paolo, io prometto che Pietro garantirà la mia obbligazione,

(1) *V.* il titolo del Digesto *ratum rem haberi.*

c' interverrà come risponsabile o fideiussore (1), o che darà per me a Paolo un pegno o un' ipoteca sopra i suoi beni, o che rinunzierà a suo vantaggio ad un certo dritto: in tutti questi casi ed altri simili, se Pietro non voglia adempire la mia promessa, io son tenuto ai danni ed interessi di colui col quale contrattai, perchè si reputa che io abbia promesso di fare in modo che Pietro eseguisse la cosa da me promessa; è come se io mi fossi obbligato per lui espressamente, la *qualità* della convenzione il fa naturalmente supporre (2). Bisogna a tal caso applicare ciocchè dice Pothier in modo troppo generale, *che si presume facilmente che chi promise il fatto di un terzo, intese di obbligarsi per questo terzo, abbenchè ciò non sia espresso.*

216. La massima neanche è applicabile al caso in cui promettendo il fatto di un terzo, io mi assoggettai ad una pena se mai questo terzo non volesse fare la cosa (3). In simil caso, abbenchè io non mi sia espressamente obbligato pel terzo, nè tampoco abbia specialmente promesso la sua approvazione, nè abbia detto che mi coopererei in modo ch' egli facesse la cosa, nondimeno sono obbligato per effetto della clausola penale; imperocchè avvien come se mi fossi principalmente soggettato alla pena pel caso in cui il terzo non volesse fare la cosa. È una promessa condizionale da mia parte,

(1) L. 14, §. 2, ff. *de const. pecun.*

(2) *V.* Vinnio sul §. 3, Instit. *de inutil. stipul.*

(3) §. 20, Instit. *de inutil. stipul.*

e non altro; lo che risponde anticipatamente all'obbiezone desunta dal motivo che quando l'obbligazione principale è nulla, la clausola penale, come accessòria, è similmente senza effetto; art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*

Taluni autori nondimeno pensarono che per evitare la pena in questo caso, bastava che io avessi fatto tutti i miei sforzi per obbligare il terzo a far la cosa promessa; ma Vinnio (1), poggiandosi su molti testi del dritto romano, specialmente sulla l. 26, Cod. *de fidejuss.*, e sulla l. 38, §. 2, ff. *de verb. obblig.*, dice al contrario, e con ragione a creder nostro (a), che la pena sia assolutamente dovuta, se il terzo non faccia la cosa, perchè è mia colpa di aver promesso il suo fatto sotto una pena, ed altronde perchè sono io principalmente obbligato, ma sotto una condizione, di cui potetti ragionevolmente prevedere l'adempimento.

217. Del resto la mia promessa che Paolo farà la tale cosa per voi, obbligandomi per lui, non ha in tutt' i casi i medesimi effetti della garantia o della fideiussione. Così quando prometto semplicemente, obbligandomi per lui, che Paolo vi venderà la tale cosa mediante il tale prezzo, la mia obbligazione può esser considerata come adempita allorchè Paolo vi abbia fatto tale vendita: io non sono neces-

---

(1) Sul §. 20, Instit. *de inutil stipul.*, innanzi citato.

(a) Questa stessa opinione sostiene con profonde ragioni il nostro GIUSEPPE PASQUALE CIRILLO, il quale fa pure conoscere la differenza che intercede tra il verbo *facere* ed il verbo *procurare*: tom. II *delle allegazioni*, *pag. 84 a 88, n. 3 a 4.* TRAD.

sariamente garante della evizione, almeno le circostanze della causa e le espressioni di cui si fosse fatto uso possono risolvere così. E *vice versa*, se mi sono obbligato che Paolo comprerebbe da voi la tale casa, mediante il tale prezzo, pagabile alle epoche che converrete, io nettampoco sono necessariamente garante della mancanza di pagamento del prezzo. Mentrechè nell' uno o nell' altro caso, se mi fossi renduto garante dell' esecuzione del contratto, la mia fideiussione, se non ne avessi limitata l'estensione, sarebbe proporzionata sulle obbligazioni del debitore; art. 2016 c. c. = *1888 ll. cc.*

Del resto lo scioglimento della quistione dipenderebbe dai termini dell' atto e dalle circostanze della causa; ed in generale si potrebbe dire che chi si è obbligato intese con ciò pure di soggettarsi a tutte le obbligazioni che derivano dalla natura del contratto che egli promise di far stipulare al terzo, in conseguenza per la garantia in caso di evizione, o pel pagamento del prezzo.

E siccome l' obbligazione di *dare* include quella di consegnare e conferirne la proprietà (1) (art. 1136 e 1138 c. c. = *1090 e 1092 ll. cc.*), colui che si obbliga che un terzo *darà* (2) una data cosa ad un altro, si obbliga pur con ciò che il terzo ne conferirà effettivamente la proprietà, e per

(1) *Dare est accipientis facere*; §. 14, Instit. *de actionibus*.

(2) Non usiamo tale espressione nel senso di *liberalità*, ma come esprimente il senso della parola *dare* de' Latini, consegnare con effetto di rendere proprietario quegli a cui si consegna.

conseguenza è soggetto egli stesso alla garantia in caso di evizione. Ma se si fosse semplicemente obbligato che il terzo darà il possesso, o che il terzo rinunzierà ad ogni pretensione sulla cosa, basterebbe, perchè la sua obbligazione fosse adempita, che il terzo nel primo caso desse tal possesso, e non vi turbasse la parte finchè non avesse acquistato il possesso civile; e nel secondo, che non più la molestasse rispetto a questo ogggetto, ed a lei lo consegnasse se lo avesse in suo possesso. Ma non sarebbe dovuta alcun' altra garantia.

218. Avvien sovente che il tutore, specialmente il superstite de' genitori, nella mira di evitare le spese considerabili di una vendita giudiziaria, le quali assorbirebbero gran parte del valore de' beni e quando nondimeno vi sieno debiti da pagarsi, vende, senz' adempiere le formalità prescritte, un dato immobile de' figli minori, obbligandosi di far loro ratificare la vendita giunti alla età maggiore. Ciò ha luogo soprattutto quando i beni son di poco valore, ed anche quando bisognerebbe, prima di passare ad una vendita giudiziale, far procedere precedentemente ad una divisione giudiziaria, perchè sono posseduti in comune con terzi In tal caso, se i minori divenuti maggiori non vogliano ratificare la vendita, il tutore che promise la loro ratifica è tenuto ai danni ed interessi verso l' acquirente, per applicazione dell' art. 1120 c. c. = *1074 ll. cc.*

Invano si trarrebbe argomento dall' art. 1599 c.

c. = *1444 ll. cc.*, il quale dice che « la vendita « della cosa altrui è nulla ; essa può dar luogo al « risarcimento de' danni e degl' interessi, *quando « il compratore abbia ignorato che la cosa fos- « se d'altrui,* » per conchiudere da queste ultime espressioni, *e contrario*, che non son dovuti danni ed interessi al compratore il quale sapeva come nella specie, che comprava la cosa altrui, ed era per conseguenza in mala fede, poichè non ignorava che il tutore non poteva vendere i beni de' minori senza adempiere le formalità prescritte a tale effetto. Siffatta argomentazione sarebbe senza forza ; l' art. 1599 c. c. = *1444 ll. cc.*, in quanto alla conclusione che *e contrario* può desumersene dalle sue ultime espressioni, non è applicabile al caso in cui vi sia da parte del venditore precisa promessa di obbligarsi pel proprietario. Simile convenzione forma la legge delle parti, e dev' essere eseguita (1). L' art. 1120 c. c. = *1074 ll. cc.* neanche lascia a tal riguardo la facoltà ai giudici di accordare o pur no i danni ed interessi ; la sua disposizione è assoluta, come lo giudicò la Corte suprema, perfettamente nella medesima specie, con arresto di cassazione del 1.° maggio 1815, riferito nel Repertorio di Favard de Langlade, v. *convenzione*, sez. 2, §. 1. I giudici in tal caso come negli altri, han soltanto la facoltà di determinare il *quantum* de' danni ed in-

(1) *V.* la l. 27, Cod. *de evictionibus* ; e la l. 7, Cod. *communia utriusque judic.*

teressi, in ragione del danno sofferto e del guadagno mancato; art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.*

§. VI.

Della stipulazione per un terzo.

SOMMARIO.

219. *Neanche puossi in generale stipulare in proprio nome se non per sè medesimo.*

220. *Perchè l' interesse è la misura delle azioni; ed è necessario che quest' interesse sia pecuniario, e non soltanto di mera affezione.*

221. *I notari che rogano gli atti non posson dunque accettare per gli assenti le donazioni o altre stipulazioni.*

222. *Nondimeno chi ricusa di eseguire la promessa da lui fatta a favore di un terzo manca alle convenienze ed alla onestà, ma non è civilmente obbligato ad adempirla.*

223. *Il terzo non ha azione contra di lui; testo dell' art. 1165 c. c.*

224. *La massima che non puossi stipulare per altri si applicava per dritto romano anche ai contratti di dritto delle genti.*

225. *Esempii.*

226. *Ma non bisogna confondere l' indicazione di un terzo per ricevere il pagamento, colla stipulazione per altri.*

227. *Se stipulando per altri si stipuli per sè una pena, si dà con ciò forza alla stipulazione.*

228. *I mandatarii e coloro che han qualità secondo la legge, stipulano validamente per le persone i cui interessi sono loro affidati.*

229. *La massima che io non posso stipalare in proprio nome che per me stesso, soffre eccezione in taluni casi; testo dell' art. 1121 c. c.*

230. *Discussione e confutazione di un' opinione di Pothier.*

231. *Continuazione delle eccezioni che soffre la regola che niuno può acquistare azione coll' altrui contratto.*

232. *Continuazione.*

233. *Continuazione.*

234. *Dritto romano antico e nuovo sull' effetto della clausola a vantaggio di un terzo.*

235. *Altri casi in cui posso prevalermi del contratto formato da un altro.*

236. Ma per massima la stipulazione fatta per un terzo, senza mandato o qualità che accordasse il dritto di farla, non sarebbe renduta valida pel solo motivo che si fosse fatta a nome del terzo.

237. Nè pel solo motivo che lo stipulante si fosse obbligato pel terzo, ed il terzo ratificasse in fatti: in ciò la stipulazione differisce dalla promessa; discussione ed autorità in sostegno.

238. Modificazione che soffre simile risoluzione nel caso di persona da nominare o di elezione di amico.

239. Altra modificazione che può soffrire la risoluzione nelle materie commerciali.

240. Quando la stipulazione a vantaggio del terzo è valida, può essere accettata in ogni modo.

241. Finchè il terzo non abbia dichiarato la sua volontà di accettare il beneficio della clausola, le parti possono rivocarla.

242. Controversia elevata tra gli antichi giureconsulti su tal punto.

243. Vi sono nondimeno talune disposizioni di cui le parti stesse non potrebbero distruggere l' effetto in danno di coloro che son chiamati a profittarne.

244. Nei casi ordinarii chi ha fatto la stipulazione può anche, secondo il Codice, egli solo rivocarla.

245. Ma può applicarsene il beneficio? generalmente lo può.

246. Caso nel quale le circostanze della causa richiedono una contraria soluzione.

247. La morte del debitore non impedisce a chi fece la stipulazione a vantaggio del terzo di rivocarla, se l' avrebbe potuto durante la vita del debitore.

248. La morte dello stipulante neanche rende irrevocabile la clausola: ma i suoi eredi possono rivocarla finchè i terzi non abbiano ancora accettato.

249. Se sia morto il terzo prima di aver accettato, la quistione se i suoi eredi possano, prima che la clausola sia rivocata, dimandarne l' esecuzione, dipende molto dalla natura della convenzione e dalle circostanze della causa.

219. Abbiam parlato nel paragrafo precedente della promessa che io fo, nel mio proprio nome, che un terzo darà, o farà una data cosa a vantaggio di colui al quale io fo tal promessa; ma l'art.

1119 c. c. = *1073 ll. cc.* dice puranche, come si è veduto, « che niuno può in generale.....*stipulare* « nel suo *proprio nome*, fuorchè per sè medesi- « mo; » cioè che niuno può in generale acquistare col suo contratto un dritto o un' azione per un terzo, perchè, come lo dicono le leggi romane, *Inventæ sunt stipulationes ad hoc, ut unusquisque adquirat quod sua interest; cæterum si alii datur, nihil interest stipulatoris*; §. 18, Instit. *de inutil. stipul.*

220. L'interesse è la misura delle azioni, e bisogna che tale interesse sia estimabile con valore in danaro, e non soltanto di mera affezione (1); talchè generalmente la stipulazione fatta da una persona a vantaggio di suo fratello mancherebbe di vincolo, perchè mancherebbe d' interesse per lo stipulante. Questi non potrebbe procedere per ottenere i danni ed interessi, in mancanza di esecuzione della convenzione, poichè i danni ed interessi sono il risarcimento del danno sofferto (art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.*), e lo stipulante non avrebbe provato alcun pregiudizio; ed il terzo neanche avrebbe azione, perchè non avrebbe egli contrattato. Or nulla è più contrario alla natura delle ob-

(1) Secondo la l. 26. Cod. *de jure dotium*, la stipulazione che un padre dotando sua figlia fece col genero, che questi restituirebbe la dote al figlio *emancipato* dello stipulante, fratello della futura sposa, è nulla e di nessun effetto: nulla rispetto al padre, perchè egli non istipulò per sè, e nulla rispetto al figlio, *jure proibente*; perchè esso è un terzo.

bligazioni civili che il potere di contravvenirvi impunemente (1).

221. Ecco perchè i notari che rogano atti di donazione non possono validamente accettare (a) pel donatario assente, obbligandosi per lui (2); e debb' essere lo stesso nelle altre convenzioni, perchè hanno ugualmente bisogno di accettazione, abbenchè la legge non richiede che vi sia espressa.

222. Indubitatamente chi promise di fare qualche cosa per un terzo, e quindi si ricusi, manca generalmente alle convenienze ed all' onestà, se altronde non sia sopravvenuta qualche particolare circostanza che lo liberi dalla sua promessa; ma per dritto non è tenuto ad adempierla, almeno generalmente (3). Vedremo fra poco i casi di eccezione.

(1) Pothier, *delle obbligazioni*, n.° 54.

(a) Dalla nostra abolita Corte di Cassazione con gli arresti degli 8 luglio e 12 settembre 1812, e dei 16 febbraio 1815, si decise che la donazione fatta sotto l' impero dell' antica legislazione, all' assente, *notario stipulante et acceptante*, possa rivocarsi finchè non venga dal donatario accettata. Questo stesso principio si è ritenuto coll'arresto dei 10 febbraio 1830 pronunciato nella causa tra *Ranalli* e *Vitacolonna* a camere riunite dalla nostra Corte suprema di giustizia. Trad.

(2) L' ordinanza del 1731 rigettava espressamente l' accettazione del notaro pel donatario assente; e dichiarava in conseguenza che se la donazione fosse accettata da un terzo non avente poteri regolari pel donatario assente, e si fosse obbligato per costui, non conseguirebbe effetto se non dal giorno della espressa ratifica che il donatario avesse fatto dell' accettazione con atto autentico. *V.* del resto nel tomo VIII, n. 393, 423 e seguenti.

(3) Avvi obbligazione naturale, dicono Grozio, Puffendorfio, ed al par di essi Pothier, *delle obbligazioni*, n. 55 perchè *hominis in-*

223. Questa massima che niuno può in generale stipulare nel suo proprio nome fuorchè per sè medesimo, è ancor sancita da un'altra disposizione del Codice, dall'art. 1165 c. c. = *1118 ll. cc.*, il quale ne determina gli effetti in questi termini: « Le convenzioni non hanno effetto se non fra le « parti contraenti: esse non pregiudicano *nè gio-* « *vano ai terzi*, *fuorchè nel caso preveduto* « *nell' art.* 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* »

Quindi è impossibile di stabilire in un modo più positivo la massima che niuno può stipulare utilmente nel suo proprio nome fuorchè per sè medesimo.

224. Era questa una regola fondamentale del dritto romano, donde passò nel nostro; ed essa non si applicava soltanto alle stipulazioni propriamente dette, che erano di stretto dritto, e che non poteano esser fatte *inter absentes*, *sive per literas*, *sive per nuntium* (1); si applicava eziandio ad ogni specie di contratti o convenzioni: *quæcumque gerimus*, *cum ex nostro contractu originem trahunt*, *nisi ex nostra persona obligationis initium sumant*, INANEM ACTUM NOSTRUM EFFICIUNT; *et ideo neque stipulari*, *neque emere*, *vendere*, *contrahere*, *ut alter suo*

---

terest alterum hominem beneficio affici; ma secondo i medesimi autori, questa obbligazione naturale non sussiste se non in favore di colui che fece la stipulazione, e che per conseguenza può farne rimessione senza il consenso del terzo.

(1) §. 11, Instit. *de inutilib. stipul.*

nomine recte agat, possumus; l. 11. ff. *de oblig. et act.* (a)

225. Da ciò emerge che quando in quella legislazione io stipulava in questi termini: *promettete voi di dare dieci a Tizio?* la stipulazione era assolutamente nulla, se io non mi trovava sotto la potestà di Tizio come suo figlio di famiglia o suo schiavo (1), o se io stesso non aveva un interesse personale ed estimabile perchè la promessa fosse eseguita (2).

E se io avessi stipulato dieci per me E (3) per Tizio, la stipulazione non era valida che per cinque (4); abbenchè la compra di una cosa per me e per Tizio fosse valida per lo intero, ma non nel mio solo interesse, poichè si reputava che la per-

(a) Sebbene il principio di non potersi stipulare per un terzo si applicava per dritto romano anche ai contratti di dritto delle genti, non era siffatta stipulazione proibita da questo ultimo diritto, in guisa che le più culte nazioni di Europa recederono a tale riguardo dal rigore del dritto romano. Quindi il Vinnio (*Instit. de inutil. stipul.* §. *4 n. 3.*) avverte: *Sane non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alter etiam extraneo recte quilibet stipuletur, ut ei volenti et promissum acceptanti obligatio et actio acquiratur. Imo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici.* Grot. *11 de jure belli et paci cap. 11 n. 18 et ideo moribus horum temporum id passim obtinet.* Groew. *de leg. abrog. ad* §. 18 *inf. hoc. tit. et ibi cit.* Cyprian. *cens. Belg. ad* §. 3 *sup.* TRAD.

(1) §§. 4 e 18, Instit. *de inutil. stipul*; l. 38, §. 17, ff. *de verb. oblig.* e l. 3, Cod. *de contrh. stipul.*

(2) §. 19, Instit. *eodem tit.*

(3) Per me *o* per Tizio, la stipulazione era valida per lo intero. Tizio era soltanto riputato indicato come abile a ricevere il pagamento, che il debitore poteva fargli malgrado il creditore; §. 4 Inst. *de inutil. stipul.*

(4) Medesimo §. 4.

sona di Tizio in tal caso neanche era stata menzionata nell' atto (1). Siffatta differenza derivava dalla natura di questi diversi contratti. Cuiacio sopra la legge succitata lo spiega chiaramente.

226. Del resto nulla impediva ugualmente vigente il Codice, stipulando per sè, d' indicare un terzo per ricevere il pagamento (2). Il terzo allora era soltanto *adjectus solutionis gratia*; egli non aveva azione in virtù di tale stipulazione; era obbligato di render conto al creditore di quel che aveva ricevuto, é per tal motivo a quest' ultimo competeva contro di lui l' azione di mandato (3), ammenochè tuttavia non avesse avuto l' intenzione di fargli una liberalità (4).

Parleremo de' terzi *aggiunti* posteriormente, trattando del pagamento e della novazione.

227. Nulla impediva del pari di dar vigore alla stipulazione anche fatta apertamente a vantaggio del terzo, aggiungendovi una pena pel caso in cui la cosa non fosse fatta (5), giacchè allora si reputava che egli stipulasse principalmente la pena condizionale, e la stipulasse per sè: il terzo non aveva sempre azione, e la massima era rispettata. Sarebbe incontrastabilmente lo stesso vigente il Codice.

In vano si opporrebbe che la nullità dell' obbli-

---

(1) L. 64, ff. *de contrah. empt.*
(2) Medesimo §. 4 delle Inst. *de inutil. stipul.*
(3) *Ibid.*
(4) Pothier, *delle obbligazioni*, n.° 57.
(5) §. 18, Instit. *de inutil. stipul.*

gazione principale porta con sè la nullità della clausola penale (art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*); qui la pena è in realtà l' obbligazione principale, malgrado l' ordine de' termini della convenzione; la stipulazione pel terzo non è anch' essa al contrario che una condizione. È interamente come se egli avesse detto: *Promettete di darmi cento, nel caso che non farete la tale cosa per Paolo*?

228. E siccome io non posso in generale che nel proprio mio nome stipulare per un altro, ne segue che quando stipulo in nome di un terzo, in virtù di un mandato da lui datomi a tal effetto, la stipulazione è valida; ed il mandante è quello che ha l' azione, perchè io non ho fatto che prestargli il mio ministero. Ma per massima appo i Romani il mandatario contrattava in suo nome, e rendeva di poi conto del contratto al mandante. Eravi tuttavia qualche caso in cui, in virtù del dritto pretorio, il mandante poteva egli stesso procedere contro dell' altra parte, senz' aver bisogno di una cessione dell' azione del mandatario, ma era *ad exemplum institoriæ actionis* (1).

I tutori puranche stipulano validamente pe' minori affidati alle loro cure; art. 450 c. c. = *373 ll. cc.*

Il padre e la madre o altri ascendenti, ancorchè non fossero tutori, accettano del pari efficacemente, anche senza l' autorizzazione di un consiglio di fa-

(1) La l. 13, §. 25, ff, *de actionib. empt. et vend.* offre l'esempio di uno di questi casi.

miglia, le donazioni fatte a' loro figli o discendenti minori, abbenchè questi fossero emancipati; art. 935 c. c. = *859 ll. cc.*

E neppure è vietato ad un padre di comprar qualche cosa pel suo figlio minore, anche quando non ne avesse la tutela propriamente detta, per esempio, perchè la madre vivesse ancora. La patria potestà gli accorda un' autorità bastante a tal riguardo (1). Può per conseguenza stipulare ed acquistare una servitù a favore del fondo di detto figlio (2).

I mariti in molti casi stipulano validamente anche per la loro moglie; ciò è soprattutto particolarmente vero quando la stipulazione da essi fatta riguardi l' amministrazione di cui hanno incarico, secondo la natura della regola da essi adottata col loro contratto di matrimonio e la natura della cosa stipulata.

In somma tutti coloro i quali, come gli amministratori, i sindaci, i proposti, i mandatarî, han facoltà dalla legge o dal magistrato, o dalla persona medesima, per rappresentarla, stipulano validamente per questa persona reale o morale, sia che lo facciano espressamente in suo nome, sia che lo facciano soltanto esprimendo la qualità in virtù della quale essi procedono. In tutti questi casi, il

---

(1) Parlammo di tal caso nel tomo VII, n. 344 e 394, trattando della *collazione* tra eredi. Vi distinguiamo, soprattutto per ciò che concerne il modo con cui deve effettuarsi la collazione, l' ipotesi in cui il padre comprò coi danari del figlio, da quella in cui comprò coi suoi proprii danari.

(2) *V.* tomo V n.° 536.

dritto, e per conseguenza l'azione, si acquista dalla persona in favor della quale la stipulazione fu fatta, e non da chi contrattò per lei.

229. Poichè soltanto *in generale* io non posso stipulare, *nel mio proprio nome*, fuorchè per me medesimo, ne segue che posso, in taluni casi, stipulare utilmente per un altro, anche nel mio proprio nome.

Io lo posso ogniqualvolta la stipulazione, abbenchè fatta in apparenza a vantaggio di un terzo, è in realtà nel mio interesse; o allorchè essa sia la *condizione* di una stipulazione che fo per me stesso, come nel caso della clausola penale di cui parlammo più innanzi; o allorchè sia una parte, un peso o un modo di quella che fo per me medesimo; o infine allorchè sia un peso, un modo, una condizione di una donazione che fo ad un altro.

Queste diverse eccezioni si trovano esplicitamente o implicitamente comprese nella disposizione dell'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* così conceputo: « Si può ugualmente stipulare a vantaggio di un « terzo, quando ciò formi condizione di una sti- « pulazione che si fa per sè stesso, o di una do- « nazione che si fa ad altri.

« Colui che ha fatto questa stipulazione non « può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di « volerne approfittare. »

Quindi allorchè, obbligato di costruire una casa a Paolo, o di pagargli una somma che gli debbo, stipulo con voi che gli costruirete detta casa,

o gli pagherete detta somma, per esempio, per soddisfazione del prezzo di una vendita che io vi fo, siffatta stipulazione è validissima, perchè in realtà è nel mio interesse (1).

Esamineremo in appresso la quistione se, dopo aver dichiarato di voler profittare della stipulazione, competesse a lui azione contra il debitore, non ostante la mia rivocazione o la mia opposizione fatta dopo la sua accettazione.

230. Pothier (2) ben dice, al par di noi, che quando io sono obbligato verso Paolo di costruirgli una casa, e contratto con un muratore che la costruirà, la stipulazione non è fatta a favore di Paolo che *verbo tenus*, che in realtà è nel mio interesse, e per conseguenza è valida; ma dice di più che anche quando, nel momento in cui fo il contratto col muratore, io non fossi obbligato verso Paolo di costruirgli la casa, la mia stipulazione col muratore sarebbe sempre valida, perchè con

(1) §. 19, Instit. *de inutil. stipul.* In questo paragrafo si dà puranche l'esempio di due altri casi in cui la stipulazione, abbenché fatta in apparenza a vantaggio di un terzo, è in realtà fatta nell'interesse dello stipulante, ed in conseguenza è obbligatoria, e produce un'azione a favore di quest'ultimo, ma non a favore del terzo.

In molti casi puranche le stipulazioni fatte innanzi al magistrato, e chiamate per tal motivo *stipulazioni pretorie*, erano valide abbenchè fatte da persona diversa da quella nel cui interesse erano state fatte; ma non accordavano azione che a quest'ultima; tal era specialmence il caso in cui uno schiavo pubblico stipulava con un tutore che amministrerebbe bene la cosa del pupillo. *V.* Vinnio sul §. 4 delle *Instit.* al titolo *de inutil. stipul.*

(2) *Delle obbligazioni*, n.° 59.

ciò io m' incarico de' negozî di Paolo, son tenuto a render conto a lui, e per conseguenza ho interesse alla costruzione della casa. Ma chi non iscorge che ciò è un far precedere l'effetto alla causa? In tal dottrina la stipulazione fatta a vantaggio di un terzo, abbenchè senza mandato, sarebbe sempre valida, poichè facendola si amministrerebbero gli affari del terzo, si avrebbe obbligo di render conto a lui, e si avrebbe in tal modo l' interesse di cui parla Pothier; ma allora la massima sarebbe illusoria. L' opinione di quest' autore su tal punto non è dunque ammessibile. Diverso sarebbe se, amministrando di già gli affari di Paolo, facessi una stipulazione *relativa* a questi medesimi affari, che debbo, pel solo motivo che me ne son preso l'incarico, amministrare nel miglior modo possibile: allora io avrei effettivamente interesse alla stipulazione. Vinnio sul §. 3 nelle Instituta *de mandato* intende assolutamente la cosa al par di noi. Si tratta in tal paragrafo del mandato conferito nell' interesse di un terzo soltanto, per conseguenza in un caso in cui il mandante non era obbligato a fare la cosa pel terzo; e Vinnio dice che l' azione di mandato può spettare al mandante sol qualora il mandatario avrà eseguito il mandato, e non l' avrà eseguito come doveva farlo: *Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi; si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem*

mandati. . . . . . quia mea non interest. Del resto torneremo fra poco a parlare di ciò.

231. Così ancora allorchè vendendovi per esempio il mio fondo, stipulo che voi accorderete per tal fondo un passaggio a Paolo, per la coltivazione del suo; oppure allorchè stipulo che oltre il prezzo voi pagherete una rendita di cento franchi a Paolo, durante la sua vita, siffatte stipulazioni sono validissime, abbenchè non fossi in alcun modo obbligato a somministrare a Paolo tal passaggio, o a costituirgli tale rendita; imperocchè son dessi tanti pesi della vendita o della stipulazione che fo per me stesso, secondo le espressioni dell' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*, ed essi si trovano compresi nella disposizione di questo articolo sotto il nome generico di *condizione* di una stipulazione che io fo per me stesso.

232. Se io era già obbligato a dare il passaggio a Paolo, o a costituirgli la rendita, allorchè feci la convenzione con voi, allora noi saremmo nell' esempio del primo caso, in cui la stipulazione è nel mio interesse, e non in quello del terzo. Ma nel caso in cui io non doveva cosa alcuna a Paolo, ciocchè fo a suo vantaggio è una vera liberalità, che potè nondimeno essergli validamente fatta senza l' adempimento delle formalità prescritte per gli atti contenenti donazione tra vivi, che potè essergli fatta puranche con atto in scrittura privata, e che potè accettare efficacemente in qualsivoglia modo, secondo ciò che dimostrammo nel tomo VIII, n.°

598 e 417; giacchè non è dessa una donazione diretta ed in debita forma.

Bisognerebbe tuttavia che il terzo fosse capace di ricevere da me, anche quando avessi stipulato a suo vantaggio una rendita vitalizia; art. 1970 c. c. = *1842 ll. cc.* La liberalità sarebbe inoltre soggetta alla legge che determina la quota disponibile (*ibid.*), ed a quella della collazione tra eredi; art. 843 c. c. = *762 ll. cc.*

253. Finalmente allorchè vi *dono* il mio fondo a condizione che somministrerete una rendita vitalizia di cento franchi a vostra zia, o sotto qualunque altro peso, siffatta stipulazione a vantaggio del terzo è validissima: essa è la condizione, cioè il *peso* di una donazione che fo ad un'altro, ultima ipotesi preveduta dall'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* E subitochè il terzo avrà dichiarato in un modo qualunque la sua volontà di profittarne, prima di qualunque rivocazione da mia parte, avrà un dritto acquistato, ed un'azione contro di voi, per costringervi ad eseguire la clausola.

254. Il dritto romano da principio non dava azione al terzo. Il donante neanche ne godeva per costringere il donatario a far la cosa che aveva promesso di fare pel terzo: eragli soltanto accordata un'azione per ripetere i beni donati a ragione dell'inesecuzione del peso. Aveva *condictio ob causam dati causa non secuta.* Ma ciò fu in appresso cangiato colle costituzioni degl'imperatori (1), che

(1) *V.* la l. 3, Cod. *de donat. quæ sub modo, vel condit.*, e quel che noi dicemmo su tale oggetto nel tomo VIII, n.^{i} 537 e seguenti.

accordarono un' azione al terzo contra il donatario come se egli stesso avesse stipulato la cosa che il donante aveva voluto fargli pervenire.

Quest'azione, fondata sull'equità e non sulle mere regole del dritto, era *actio utilis*, il qual nome i giureconsulti romani davano alle azioni che non erano specialmente stabilite dal dritto civile o pretorio, ma che avevano per fondamento l' equità e la ragione: *quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex sola æquitate concedebantur.*

235. Vi sono altri casi eziandio in cui, anche secondo le leggi romane, posso prevalermi del contratto formato con altra persona, perchè l' equità e la natura della convezione lo richieggono. Ciò avvien specialmente quando questo contratto ebbe luogo per ragion della mia cosa.

Così, quando io vi ho prestato o dato in deposito una cosa, e voi la deponete ugualmente appresso Paolo, o gliela prestate a condizione che me la restituirà, io ho contro di Paolo l'azione del contratto che voi faceste con lui: ho l'azione *depositi vel commodati utilis*, come dice la legge *penult.* Cod. *ad exhibendum*, e l' ho *æquitatis causa.*

Avvien lo stesso se voi prestate a Tizio danaro che mi apparteneva, colla clausola che me ne sarebbe fatta la restituzione: io ho contro Tizio l' azione nata dal mutuo, sebbene non sia stato fatto da me, e voi non l'abbiate fatto in virtù di mio mandato (1). E se io presto i miei danari a Tizio in nome

(1) L. 126, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

di Sempronio, come essendo quelli di quest' ultimo, quantunque senza mandato da sua parte, Sempronio ha azione contro Tizio per ragione di tal prestito (1).

Secondo l' art. 1994 c. c. = *1866 ll. cc.*, se io diedi procura a Paolo per fare il tal contratto per me, ed egli abbia sostituito Filippo, anche senza mio consenso, io ho azione contra quest' ultimo.

E come il dicemmo più innanzi, se già amministrando i negozî di Paolo senza mandato, do a Filippo il mandato di continuare la mia amministrazione, o di fare qualche cosa che la concerne, e Filippo accetta tal mandato, egli si trova obbligato verso di me, perchè essendo tenuto di continuare la mia amministrazione finchè Paolo fosse in istato di prendere egli stesso la direzione de' suoi affari (art. 1372 c. c. = *1326 ll. cc.*), io aveva interesse all' esecuzione del mandato; ed avverrebbe così quantunque non avessi ancora cominciato ad amministrare gli affari di Paolo, se Filippo avesse cominciato a mettere in esecuzione il mandato che io gli ho dato (2), perchè in tal caso si reputerebbe che io avessi amministrato per organo suo, ed in tal modo, obbligato a continuare la mia amministrazione, io avrei interesse affinchè egli continuasse la sua per essere liberato da ogni risponsabilità verso

(1) Medesima legge, e l. 9, §. *penult.* ff. *de rebus credit.* Vinnio, sul §. 4, Instit. *de inutil. stipul.*

(2) In tal modo addiviene obbligatorio pel mandatario il mandato conferito nell' interesse di un terzo soltanto, *aliena causa. V.* Vinnio sul §. 3, Instit. *de mandato.*

il' proprietario. Ma se Filippo non avesse ancor cominciato a mettere ad esecuzione il mio mandato, potrebbe dispensarsi dall'eseguirlo, quantunque l'avesse formalmente accettato, giacchè sarei senza interesse, non essendo obbligato verso il proprietario. Io mi troverei così di aver stipulato per altri, contro il voto dell'art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*, e di aver dato un mandato in un interesse che non sarebbe il mio sotto alcun rapporto, e contra la definizione del mandato dataci dall'art. 1984 c. c.= *1856 ll. cc. Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus qui mandavit; cœterum si nihil interest, cessat mandati actio*; l. 8, §, 6, ff. *mandati vel contra.*

La stipulazione fatta da uno de' comproprietarii di una cosa posseduta da molti in comune, o da un socio anche non amministratore, quantunque fatta senza un mandato da parte degli altri, può giovare a tutti, specialmente allorchè la cosa stipulata sia indivisibile, per esempio una servitù pel fondo comune (1).

E non ostante la disposizione troppo limitata degli art. 1121 e 1165 c. c. = *1075 e 1118 ll. cc.* insiem combinati, vi sono ancora altri casi in cui posso profittare del contratto fatto da un altro senza mandato da mia parte, indipendentemente dal dritto che ha ogni creditore di sperimentare quello del suo debitore, ad eccezione di quelli che

---

(1) *V.* tomo V, n.i 466, 467 e 551.

sono esclusivamente inerenti alla persona; art. 1166 c. c. = *1119. ll. cc.* Ne parleremo quando tratteremo dell'effetto delle convenzioni riguardo ai terzi, nel capitolo III.

Ma tutte queste modificazioni ed eccezioni non distruggono la regola stabilita dall'art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*, che niuno può in generale stipulare nel suo proprio nome fuorchè per sè medesimo.

236. E sarebbe indifferente che chi stipulasse per un terzo senza mandato, senza qualità che gli desse il dritto di farlo, stipulasse in nome del terzo: la stipulazione non difetterebbe meno per mancanza d'interesse, ed in conseguenza per mancanza di vincolo. Che cosa mai gli costerebbe in fatti di dire che stipula in nome di Paolo, e di rendere così illusoria la regola?

237. E quando soggiungesse puranche ch'ei si obbliga pel terzo, ed il terzo in fatti ratificasse, ciò non farebbe che lo stipulante avesse interesse alla stipulazione; in conseguenza sarebbe ancora impropria a far acquistare al terzo un dritto ed un'efficace azione contra chi ha fatto la promessa.

Tal punto merita tuttavolta qualche sviluppamento. Non perdiamo soprattutto di mira che, a torto o a ragione, il nostro dritto, del pari che il dritto romano, stabilisce la massima che non posso in generale *stipulare* nel mio proprio nome fuorchè per me stesso, e per conseguenza che non posso far acquistare un'azione ad un terzo col mio contratto formato con altra persona. Tutte le leggi

romane su tal punto lo risolvono così nel modo più chiaro, e specialmente la l. 11, ff. *de oblig. et act.*, da noi più innanzi citata; e tutte necessariamente suppongono che colui pel quale fu fatta la stipulazione volesse profittarne, volesse procedere a tal uopo, e che *ratifica* così quanto fece lo stipulante; imperocchè senza di ciò la stipulazione sarebbe inutile col fatto, non potendo ne lo stipulante domandare l'esecuzione a suo vantaggio, mentre non istipulò per sè. Nondimeno queste medesime leggi negano *l' azione* al terzo, salvo taluni casi di eccezione, che debbonsi ugualmente ammettere appresso noi.

Quindi la ratifica del terzo non fa nascere per lui un' azione che non potè competergli col contratto di un' altra persona; nè puossi dire che se il contratto non vale *ut ex tunc*, vale almeno *ut ex nunc*, dal giorno in cui il terzo ratifica, *tamquam ex consensu contraentium, qui adhuc perseverare intelligitur, quandiu non apparet mutatio voluntatis.* Ciò è soltanto vero pel caso di *promessa* del fatto di un terzo, e non pel caso di *stipulazione* a vantaggio di un altro diverso da sè medesimo.

A che oggetto in fatti si dichiarerebbe mai inutile e vana la stipulazione, se il terzo a cui vantaggio fu fatta non la ratificasse, non ne dimandasse l'esecuzione? Ciò sarebbe superfluo: al contrario dunque le leggi la dichiarano anticipatamen-

te nulla nella supposizione che voglia profittarne, e per conseguenza che la ratifica.

Mentrechè quando io prometto che Paolo vi darà tanto o farà la tale cosa per voi, e mi costituisco garante per lui, io contraggo una obbligazione personale di pagare i danni ed interessi, se egli non voglia fare la cosa, lo che basta pienamente per formare il vincolo di dritto.

Siffatta differenza (1) tra la *promessa* che fo che Paolo vi darà tanto, obbligandomi per lui, e la *stipulazione* che fo con voi che darete tanto a Paolo, obbligandomi ugualmente di fargli accettare la vostra promessa; siffatta differenza, diciamo, è similmente ben notata nel Codice civile. In fatti dopochè l'art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.* ha stabilito la massima che niuno può in generale, nè *obbligarsi*, nè *stipulare* nel suo proprio nome fuorchè per sè medesimo, l'art. 1120 c. c. = *1074 ll. cc.* soggiunge, a modo di eccezione, che nondimeno può taluno obbligarsi per un terzo, *promettendo il fatto di costui*, salvo l'indennità contro colui che si è obbligato o ha promesso di far ratificare, se il terzo ricusi di adempiere *l'obbligazione*; lo che evidentemente può soltanto intendersi del caso in cui la parte abbia *promesso* che il terzo darebbe o farebbe qualche cosa a vantaggio dell'altra parte contraente. E l'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* stabilisce le eccezioni che soffre la regola

(1) Noi avemmo già occasione di farla osservare parecchie volte, specialmente nel tomo V, n.° 549, e nel tomo VIII, n.° 395.

che non si può *stipulare* per altrui; ma fra queste eccezioni non si rinviene il caso in cui quegli che stipula per un terzo, senza mandato, si obbliga di fargli accettare il beneficio della stipulazione, ed il terzo l'accetti effettivamente, giacchè la regola addiverrebbe per tal motivo stesso illusoria. Al contrario l'art. 1165 c. c. = *1118 ll. cc.* dice espressamente che le convenzioni non possono giovare al terzo, fuorchè nel caso preveduto dall'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*; ed esse gli giovano in questo medesimo caso sol quando le accetta prima di ogni rivocazione; per conseguenza negli altri la sua accettazione o ratifica è indifferente; essa non può bastare a procurargli l'azione per ragione di una stipulazione assolutamente nulla fin da principio, e che non ha potuto essere ratificata. Quindi giusta questo art. 1121, la stipulazione che io fo per un terzo gli giova, se accetti, se ratifichi quanto ho fatto per lui: dunque allorchè questo articolo non è applicabile, perchè la stipulazione fatta pel terzo non è in uno de' casi ivi preveduti, non avvi luogo pel terzo di ratificare, di accettare, poichè la stipulazione fu inutilmente fatta.

Importa dunque di spiegarsi bene sul senso delle parole *obbligarsi* e *stipulare*, usate nell' art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*

Obbligarsi o promettere s' intende *passivamente*; stipulare s' intende *attivamente*. Promettendo o obbligandosi si dà un' azione contro di sè; stipulando, se ne acquista una contro colui che pro-

mette: e senz'attenerci rigorosamente al significato della stipulazione propriamente detta de' Romani, ammettendo al contrario che con siffatta espressione s'intende volentieri nel nostro dritto ogni specie di contratti o di convenzioni, ogni patto che vi è inserito, ed anche le rimessioni di debiti, tuttavolta non è men vero che, nella sana dottrina, la stipulazione differisce dalla promessa o dall'obbligazione, in quanto che chi stipula parla nel proprio interesse, mentrechè chi promette o si obbliga parla nell'interesse dell'altra parte. Ecco perchè è vero il dire che nei contratti meramente unilaterali avvi soltanto uno stipulante, ch'è il creditore, ed un obbligato o *promettente*, ch'è il debitore; mentrechè nei contratti sinallagmatici, come la vendita, vi sono due stipulanti e due obbligati: il venditore, che stipula il prezzo e promette la cosa; il compratore, che stipula la cosa e promette il prezzo.

Quindi la regola *ratihabitio mandato æquiparatur* (1) si applica perfettamente al caso in cui Paolo promise il mio fatto, cioè che io darei o farai la tale cosa ad un altro, e ratifico di poi l'obbligazione; è d'uopo ancora che io l'esegua perchè Paolo sia liberato: soltanto la mia ratifica mi obbliga verso il terzo, ma non libera Paolo, che promise nella specie, non semplicemente che io darei la mia ratifica, ma che darei o farei la cosa promessa.

(1) Vedremo in appresso in quai casi la ratifica ha un affetto retroattivo, ed in quali no.

Questa regola si applica ancor benissimo al caso in cui Paolo ricevè dal mio debitore l'importare del mio credito, senza mandato da mia parte, ed io ratifico di poi il pagamento; ed a tutti i casi in cui il mio mandatario abbia ecceduto i limiti delle sue facoltà.

Ma quando Paolo stipuli per me, senza mandato conferito da mia parte, obbligandosi o pur no per me, la sua stipulazione non può farmi acquistare un'azione, abbenchè io posteriormente la ratifichi; altrimenti serebbe falso il dire che la stipulazione per altri è nulla, mentre sarebbe valida al contrario mediante una ratifica, necessariamente supposta dalla legge perchè vi sia stata qualche utilità in dichiarare la stipulazione vana ed inefficace.

Supponghiamo che nel dritto romano Sempronio avesse stipulato con Tizio, che questi darebbe dieci a Seio, obbligandosi di far accettare la stipulazione a costui, ed in fatti Seio avesse in prosieguo dichiarato la sua volontà di accettare la promessa: sicuramente tale ratifica non avrebbe fatto che Seio avesse avuto un' azione contro Tizio; tutte le leggi della materia vi si sarebbero opposte. E sarebbe stato ugualmente così nei contratti *bonæ fidei*, come la vendita. Per esempio nella l. 64, ff. *de contrah. empt.*, che noi avemmo occasione di citare, il giureconsulto Giavoleno tratta la quistione cioè che mai debba risolversi nel caso in cui io comprai da voi un fondo per me e per Tizio: *fundus ille est mihi et Titio emptus.* Egli in-

terroga sè stesso se la vendita sia valida per metà soltanto, o se sia valida per lo intero, o finalmente se sia del tutto nulla? *Quæro utrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit?* E risolve che è valida per lo intero, e che è come se io comprando non avessi fatto menzione di Tizio: *respondi, personam Titii supervacuo accipiendam: ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.* Or come mai avrebbe potuto porsi in quistione se la vendita era valida per parte soltanto, o era nulla per lo intero, se la ratifica di Tizio fosse stata di qualche peso? Avrebbesi dovuto almeno far dipendere la soluzione di tal quistione dal caso in cui Tizio non avesse voluto in fatti ratificare; mentrechè non si fa alcuna menzione di tale circostanza, che era nella specie in realtà indifferente.

Nella l. 13, §. 25, ff. *de act. empt. et vend.* Ulpiano dice, secondo Papiniano, che se Tizio, mio mandatario, vendè una data cosa che mi appartiene, io ho contra il compratore l'azione *venditi utilis, ad exemplum institoriæ actionis* (1), ma che bisogna a tal uopo che io abbia conferito mandato per vendere: *si modo rem vendendam*

---

(1) L'azione UTILIS, *et ad exemplum institoriæ actionis*, e non l'azione ordinaria *venditi*, perchè era massima appresso i Romani che le azioni appartenevano soltanto a coloro che avevano contrattato ed a' loro eredi: l. 11, ff. *de oblig. et act.* Laonde il mandato non aveva che effetti personali al mandante, al mandatario ed a' loro eredi.

mandavi : dunque se non ho conferito alcun mandato, non ho azione, anche *utilis.*

La l. 3 nel Cod., *de donat. quæ sub modo*, ec. citata più sopra, è altronde la più evidente pruova della verità di questa dottrina, poichè bisognò questa legge perchè il terzo, il quale *voleva profittare* del beneficio del peso posto a suo favore nella donazione, e che in conseguenza accettava la clausola, *ratificava*, potesse avere un' azione contra il donatario per costringerlo ad eseguirla; ma questa legge dispone sopra un caso di eccezione, uno di quelli preveduti dall' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*, mentrechè noi all' opposto ragioniamo per tesi generale sul caso in cui la stipulazione fatta a favore di un terzo non sia autorizzata dal Codice civile.

In fine tutto il titolo *de' patti*, nel Digesto e nel Codice, c' insegna che il patto da voi fatto con me, di non domandare a Tizio quel che vi deve, *a Titio non petam*, non serve in alcun modo a Tizio, se io non era in sua potestà quando lo feci, o se io non aveva una qualità qualunque che mi desse il dritto di farlo. E nondimeno è chiaro, perchè vi sia luogo alla quistione se il patto possa giovargli, che vuole egli stesso trarne vantaggio, che a tal uopo ratifica quello che io feci; pur tuttavolta non può in generale invocarlo per la sua liberazione, benchè la liberazione sia per natura sua degna di favore. *V.* in ispecie la l. 17, §. 4, ff. *de pactis.*

L' art. 5 dell' ordinanza del 1731 disponeva che allor quando la donazione fosse accettata da un terzo pel donatario assente, con dichiarazione di obbligarsi per quest' ultimo, la donazione non avrebbe effetto se non *dal giorno soltanto della ratifica espressa che il donatario ne avesse fatta con atto stipulato innanzi notaio, e di cui dovrebbe rimaner minuta.* La ratifica qui non equivaleva dunque al mandato, poichè faceva produrre effetto alla donazione dal giorno soltanto in cui era avvenuta questa medesima ratifica. Dippiù dovendo essere espressa con atto stipulato innanzi notaio con minuta, non era altro in realtà che un' accettazione della donazione, la quale accettazione poteva e può ancor farsi in vita del donante, finattantochè non avea rivocato. L'art. 933 c. c.=*857 ll. cc.* è vieppiù positivo, poichè ammette un terzo ad accettare la donazione sol quando questo terzo abbia un mandato, e tal mandato sia per atto autentico; talchè ogni accettazione senza siffatto mandato sarebbe insignificante.

Applichiamo ora queste regole, che crediamo incontrastabili. Se io abbia teco convenuto che Paolo, assente, pel quale io mi sono obbligato, ti venderebbe la sua casa mercè 20,000 franchi, fra sei mesi a principiare da oggi, la quale convenzione non ripugna in alcun modo all' art. 1599 c. c.=*1444 ll. cc.*, tu hai contro di me un' azione per indennità se Paolo non voglia in fatti accordarti questa vendita; ma quando anche ratificasse la mia pro-

messa notificandoti di esser pronto a stipulare l'atto, non avrebbe per ciò azione contro di te per obbligarti a comprare la casa, giacchè tu nulla hai promesso; io soltanto ho promesso il fatto di Paolo. Questo punto non potrebbe formare dubbio alcuno.

Ma supponiamo puranche che convenendo teco che Paolo ti venderebbe la sua casa, mercè 20,000 fr. ed obbligandomi per lui, mi abbi promesso dal lato tuo di comprarla alle stesse condizioni, e che Paolo abbia di poi ratificata la mia promessa. Avvi qui da parte mia promessa e stipulazione per Paolo; promessa, in quanto che ti ho promesso per lui che ti venderebbe la sua casa; stipulazione, in quanto che tu mi hai promesso di comprar questa casa. La ratifica di Paolo l' obbliga verso di te a farti la vendita, e se te la faccia in realtà, io sarò liberato dalla mia promessa di obbligarmi per lui; ma Paolo, a parer nostro, non avrà per questo acquistata un'azione contra di te per obbligarti a comprar la casa; giacchè diversamente io avrei utilmente stipulato per altrui, senza mandato e fuori de' casi preveduti nell' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*; mentrecchè l' art. 1165 c. c. = *1118 ll. cc.* dichiara espressamente che *le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti e non giovano ai terzi se non nel caso preveduto in questo articolo.* Or benanche in questo caso, come lo abbiamo detto, la stipulazione in favore del terzo può giovargli, ed ancor quando l'ac-

cetti, la ratifichi prima della rivocazione: fuori questo caso, la ratifica è dunque inutile.

Se si dicesse che la massima di non poter niuno in generale stipulare in proprio nome fuorchè per sè stesso, debbe intendersi nel senso che la stipulazione pel terzo diviene immediatamente valida con la sua approvazione; che soltanto se le parti contraenti, o anche il solo obbligato, la rivochino prima di tale approvazione, allora la stipulazione è caduca, ma che vi sarebbe sempre questa differenza tra il caso della stipulazione vietata e quella permessa per eccezione, che la prima potrebbe rivocarsi dalla parte la quale promise pel terzo, mentre la seconda non lo potrebbe, noi risponderemmo che ciò sarebbe un dire per questo stesso motivo di esser valida la stipulazione, giacchè a che pro rivocarla, se è nulla? Or il Codice dichiara di non esser valida. Che importa allora l'approvazione del terzo?

Infatti se, allorchè tu abbi stipulato per me senza mandato, mi basta di produrre immediatamente azione contra la parte che promise, per costringerla a far la cosa, ratificando in tal modo la tua stipulazione a favor mio, la massima è illusoria; giacchè intentando quest'azione, è chiaro che io ratifico ciocchè tu hai fatto per me, ed agendo immediatamente, questa parte sarebbe obbligata, secondo tal dottrina, parimenti che se la legge avesse all'opposto stabilito per canone, di potersi validamente stipulare in proprio nome per altri. E che mai

importerebbe che la mia approvazione fosse anteriore alla dimanda che io intentassi? ciò dovrebbe essere assai indifferente. Se la ratifica potesse formare il vincolo di dritto in questo caso, certamente la dimanda, ch'è la più espressa approvazione, dovrebbe poter bastare benanche. Ma, lo ripetiamo, se così fosse, sarebbe falso il dire che stipulando io per un terzo senza mandato, non possa acquistare un'azione a questo terzo, giacchè precisamente l'avrebbe all'opposto acquistata utilmente: gli basterebbe d'intentarla prima che fosse rivocata la stipulazione, poichè intentandola, accetterebbe per questo stesso motivo tale stipulazione. Ma la legge non va intesa in questo modo; dovendo esserlo come era intesa la legge romana, la cui regola evidentemente si volle adottare nel Codice, cioè come lo abbiamo spiegato.

Ma si dirà forse: Stipulando per Paolo io fo gli affari di Paolo; ho in conseguenza interesse all'esecuzione della stipulazione, mentre appunto perchè fo gli affari di Paolo, sono obbligato verso di lui. A ciò rispondiamo che l'azione non apparterrebbe sempre a Paolo, ma a me. Dippiù io non posso averne in tal caso, se per effetto della stipulazione stessa ho fatto soltanto il negozio di Paolo, giacchè non aveva interesse quando lo feci: sarebbe un porre qui l'effetto prima della causa, e sarebbe un rendere illusoria la massima di non potersi utilmente stipulare per altri, la quale fu sempre intesa nel senso che non può il terzo a-

gire, perchè non istipulò, e che io stipulando non lo posso di vantaggio, perchè non istipulai per me, nè ho interesse a veder fatta la cosa pel terzo.

238. Del resto questa risoluzione soffre qualche modificazione in taluni casi, per esempio, nelle vendite giudiziarie quando vi sia *persona da nominare* o *elezione d'amico*: queste dichiarazioni non suppongono necessariamente un mandato; e se il terzo accetti nel termine stabilito dalla legge o dal processo verbale di aggiudicazione, egli è quello che vien riputato aggiudicatario, e l'aggiudicatario effettivo è liberato da qualunque obbligo. La cosa non gli appartenne mai. Ma se il terzo accetti trascorso il termine, reputasi che l'aggiudicatario sia stato proprietario col fatto dell'aggiudicazione, e da ciò derivano tutte le conseguenze ordinarie, doppio dritto di trasmissione, ec. ec. *V.* i n.[i] 328 e 343 della legge del 22 glaciale anno VII, sul *registro.*

239. La nostra massima è soggetta pure a modificazioni nelle materie commerciali, che si trattano con regole più miti di quelle del Dritto civile; ond'è che i commessionati agiscono in proprio nome o sotto un nome sociale per conto di un commettente; art. 91 c. com. = *87 ll. ecc. com.*

Quando essi trattano a nome di un commettente (lo che posson fare come ogni altra persona), allora i lor dritti e doveri son determinati dalle regole del Codice civile, nel titolo del *Mandato*, art. 92 *ibid* = *88 ibid.*

240. Abbiam detto che l' accettazione del terzo nel caso in cui la stipulazione potè esser fatta validamente a suo favore, può aver luogo in qualsivoglia modo, anche quando si trattasse di mera liberalità. Ed in fatti la legge non prescrive a tal riguardo alcuna formalità, come lo fa per l' accettazione di una donazione diretta conferita con atto; art. 932 c. c. = *856 ll. cc.* Basterebbe adunque un' accettazione tacita: a cagion d' esempio, riscuotendo tutta o parte della cosa che costituisce questa stipulazione, o le annualità arretrate di una rendita, se fosse una rendita. Del resto è sempre più semplice, a fin di evitare ogni dubbio, di far notificare ai contraenti, o almeno allo stipulante, un atto di accettazione.

241. Finchè il terzo non abbia in qualsivoglia modo dichiarata la sua volontà di accettare il beneficio della clausola, possono i contraenti rivocare la stipulazione. L' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* non lascia alcun dubbio a tal riguardo, poichè dice: « Colui che ha fatto questa stipulazione non « può più rivocarla, *se il terzo ha dichiarato* « *di volerne approfittare.* » Dunque finchè non abbia fatto questa dichiarazione, possono le parti annullar la clausola, per applicazione della regola *nihil tam naturale est, quæque eodem modo dissolvi quo colligatæ sunt.*

242. Pur nondimeno questo punto formò gran dubbio nell' antica giurisprudenza, anteriore all' ordinanza del 1747 sulle *sostituzioni.* Gli art. 11 e

12 di quell' ordinanza vietavano al donante ed al donatario di annullare o rivocare, anche di comune accordo, la disposizione in danno de' chiamati. La quistione rimaneva intatta per gli altri casi, ed anche per quelli di sostituzione anteriori all' ordinanza.

Grozio (1), Bartolo, Duareno e Ricard (2) opinavano che le parti potessero rivocar la clausola posta in favore del terzo, perchè l'obbligazione contratta dal donatario, accettando la donazione con questo peso, è opera delle sole parti contraenti, le quali debbono avere in conseguenza la facoltà di distruggerla colla loro sola volontà.

Fachineo (3) ed altri dottori da lui citati sostennero al contrario di avere il terzo un dritto acquisito col solo fatto del contratto, e di non dipendere più dalle parti il toglierglielo, anche di comune accordo; e Pothier, il quale riferisce queste diverse opinioni, nel n.o 73 del suo Trattato *delle obbligazioni*, non prende alcun partito sulla quistione, limitandosi a dire « che l' ultimo sentimento è « stato confermato dalla nuova ordinanza delle so- « stituzioni, ma che le quistioni decise da tale « ordinanza non essendo che per l' avvenire, la « quistione rimane intatta per ciò che fosse avve- « nuto prima dell' ordinanza ». E noi aggiungeremo che rimaneva ancora intatta per le altre materie.

(1) *De jure belli ac pacis*, II - IX - 19.
(2) Trattato *delle Sostituzioni*, parte I, cap. 4.
(3) *Controv.* VIII, n. 89.

243. Ma l'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* non permette più di dubitare che possano le parti rivocar la stipulazione fatta a favore del terzo, finchè costui non abbia dichiarato la sua volontà di profittarne; salvo che per le istituzioni contrattuali le quali giovano ai figli nascituri dal matrimonio (art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*) non potrebbero le parti, anche di comune accordo, apportarvi alcun cambiamento (art. 1395 c. c. = *1349 ll. cc.*); ed opineremmo lo stesso circa alle disposizioni, debitamente accettate, producenti sostituzione, benchè fossero fatte fuori contratto di matrimonio; come lo dichiarava l'ordinanza del 1747 (1).

244. Nei casi ordinarii, non soltanto per effetto di un concorso di volontà delle parti contraenti può la stipulazione a prò del terzo rivocarsi finchè costui non abbia manifestata la sua volontà di approfittarne; ma può esserlo puranche per la sola volontà di chi fece tale stipulazione. L'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* non dice in fatti *quelli che hanno fatto* questa stipulazione *non possono* più rivocarla, ec.; ma dice: *colui che ha fatto* questa stipulazione non può più rivocarla, se il terzo abbia dichiarato di volerne approfittare. E ragionevolmente, giacchè la massima *quæque eodem modo dissolvuntur*, ec., sulla quale si basavano i sostenitori dell'opinione favorevole alla rivocabilità della clausola, cessa di essere ap-

(1) *V.* nel tomo IX., n.i 550, 551, 601 e 602, ciocchè dicemmo su tal punto.

plicabile allorchè si tratti di una convenzione al-l' intutto senza interesse per chi promise di eseguirla; e tanto suppone il detto art. 1121: ciò pure avrà luogo in fatti nella maggior parte de' casi. Laonde convenghiamo che se fosse interessato per la sua esecuzione, il concorso della di lui volontà sarebbe necessario per la rivocazione.

245. Ma ciò non risolve la quistione se lo stipulante possa richiedere a favor suo la esecuzione di questa stipulazione rivocata per ciocchè riguarda il terzo. Bisogna attenersi all' affermativa ogni qualvolta la stipulazione fatta in apparenza a vantaggio di un terzo, lo sarà stato nondimeno nel solo interesse dello stipulante: come nel caso di una semplice indicazione di un costui creditore, per ricevere il pagamento, a fin di essere liberato verso di lui, e quando tale indicazione fosse assolutamente senza interesse pel debitore.

È d' uopo pure risolverlo così, almeno generalmente, negli stessi casi in cui la stipulazione non sia stata fatta nell' interesse dello stipulante, ma in quello del terzo, se il debitore non abbia egli medesimo interesse ad eseguir piuttosto verso il terzo che verso lo stipulante.

246. Nondimeno se mai si potesse ragionevolmente supporre dalle circostanze della causa che il debitore, benchè non avesse interesse valutabile in danaro perchè la stipulazione fosse eseguita riguardo al terzo, vi abbia purtuttavolta aderito solo in considerazione di

esser dessa a favore della tale persona anzichè della tal altra, allora lo stipulante non potrebbe dimandarne la esecuzione a suo vantaggio. Per esempio, io ti vendo la mia casa mediante 20,000 franchi, ed a patto inoltre che tu somministrerai una rendita annua e vitalizia di 300 franchi a tuo fratello, il quale ha ben meritato di me: questo interesse di affezione per tuo fratello basta in tal caso per impedire a me di applicarmi il beneficio della stipulazione, rivocandola; giacchè è probabile di aver esso influito sulla tua determinazione in acconsentire alla clausola, e forse alla compra stessa a queste condizioni. Certo che l' interesse di affezione non forma in generale un vincolo bastante per far acquistare un dritto ad un terzo, ma quando trattasi d' interpetrare le clausole di un contratto, la intenzione che le dettò, intenzione che devesi sempre rispettare (art. 1158 c. c. = *1111 ll. cc.*), questo interesse allora è di grandissima considerazione.

247. Quegli antichi giureconsulti francesi i quali opinavano che la stipulazione fatta a favore del terzo potesse rivocarsi prima della costui accettazione, ma di comune accordo tra le parti contraenti, secondo la regola *quæque eodem modo*, ec., dichiaravano in conseguenza che il dritto del terzo, finchè quest' ultimo non avesse accettato, non divenisse irrevocabile che con la morte di una delle parti; ma allora dichiaravan pure che fosse deffinitivamente acquistato, giacchè lo scambievole dissenso

non poteva più operarsi. Avendo il Codice implicitamente stabilita un' altra regola, dicendo semplicemente: *colui* che ha fatto questa stipulazione non può più rivocarla, ec., ne risulta che la morte del debitore non impedirebbe la rivocazione fatta prima dell' accettazione, poichè la sua opposizione espressa, se non avesse per fondamento il suo interesse o la intenzione che naturalmente ebbe formando l'atto, non sarebbe di alcuna considerazione, come abbiamo pocanzi detto.

248. Avvi maggior dubbio se muoia lo stipulante prima dell' accettazione del terzo. Ove si trattasse di una donazione diretta ed in debita forma, sarebbe evidentemente caduca, perchè non può farsene validamente l' accettazione se non in vita del donante; art. 932 c. c. = *856 ll. cc.*

Diremmo pur così benchè non di altro si trattasse che di una donazione manuale di somma o di cose mobili, se fosse diretta. A parer nostro, bisognerebbe benanche che il concorso di volontà si fosse formato tra il donatario ed il donante prima della costui morte. Del rimanente è questo un punto da noi già discusso estesamente nel tomo VIII, n.° 392 e seguenti, dove riferiamo molte decisioni che giudicarono la quistione in diverso modo.

Ma supponendo che la stipulazione a favore del terzo sia una vera liberalità, non è purtuttavolta una donazione diretta. Questa liberalità non è altro che una *condizione*, un *peso*, un *modo* di una convenzione principale, a qualsivoglia titolo

sia la medesima avvenuta; n'è un accessorio, ed appunto per questi motivi non va sottoposta alle formalità delle donazioni ordinarie, può ritrovarsi validamente dentro un atto in iscrittura privata, e non ha bisogno di essere accettata espressamente.

Stante queste considerazioni, siamo indotti a credere che la morte dello stipulante non l'annulli, ma che i costui eredi abbiano il dritto che aveva il loro autore, di rivocare la stipulazione finchè non siasi accettata dal terzo.

Qualora si opponesse che affinchè taluno acquisti un dritto mediante atto tra vivi, è d'uopo che la volontà di colui il quale lo conferisce e la volontà di quello a cui è conferito, concorrano, coesistano, riconosceremmo facilmente la verità della massima, ed appunto per tal motivo in materia di donazione diretta noi richiediamo questa concorrenza. Ma una regola è quasi sempre capace di qualche modificazione, ed il caso di cui si tratta ne richiede una a favor suo. Ben era riconosciuta anticamente; giacchè anticamente puranche vi bisognava il concorso delle due volontà per formare un atto tra vivi. La morte del donante prima dell'accettazione del donatario annullava la donazione come presentemente; e nondimeno quando si trattava di una stipulazione, anche a titolo gratuito, fatta a favore di un terzo, come condizione di una stipulazione che facevasi per sè stesso, o di una donazione che si faceva ad un altro, non era necessario questo concorso di volontà dello sti-

pulante e del terzo: vi era unanimità su questo punto, poichè alcuni credevano anche che le parti contraenti non potessero rivocare di comune accordo, quantunque il terzo non avesse ancora accettato, e quelli che differivano di opinione con essi su questo punto particolare, si avvisavano nondimeno che la stipulazione a favore del terzo, benchè non ancora accettata da costui, divenisse irrevocabile con la morte di una delle parti contraenti. Or se diveniva irrevocabile, produceva dunque i suoi effetti, abbenchè il terzo non l'avesse accettata prima della morte dello stipulante.

E si rinviene facilmente il motivo di tale derogazione alle regole generali, pensando che questa stipulazione non è, come lo abbiam detto, se non una condizione, un peso, un modo, un accessorio infine di una convenzione principale: per lo che la l. 3, nel Cod. *de donationibus quæ sub modo*, ec., la quale diè l'azione (*utilis*) al terzo contro colui che aveva promesso di far la cosa, non richiedeva, perchè potesse sperimentarla, che avesse accettato la clausola in vita del donante: essa non dice cosa simile, ma l'accorda in indefinito ed assoluto modo. Mentre che nei casi di donazione diretta, se il donante muoia prima che il donatario abbia accettata la sua volontà, le leggi romane vogliono che la donazione rimanga senza effetto, quando anche il donante avesse consegnata la cosa ad un terzo per portarla a colui al quale intendeva donarla. La legge 2, §. 6, ff. *de donat.*, è positiva a tal riguardo.

In verità ammettiamo che agli eredi dello stipulante competerebbe ancora il dritto di rivocare finchè il terzo non avesse accettato, ed in ciò ci allontaniamo dalla dottrina di quegli antichi autori i quali ammettevano la rivocabilità finchè quest' accettazione non era stata fatta, ed i quali riguardavano la clausola, in questo stato, come divenuta irrevocabile soltanto per la morte di una delle parti contraenti; ma la nostra opinione, ci sembra, è più ragionevole e conseguente; giacchè è massima che gli eredi, quando non si tratti di disposizione testamentaria, hanno i medesimi dritti del loro autore: or costui aveva il dritto di rivocare.

Del resto nel caso in cui la stipulazione a favore del terzo non fosse una liberalità, la quistione presenterebbe in generale minor dubbio nel senso della nostra opinione.

249. E se mai sia morto il terzo prima di aver accettato la stipulazione fatta a suo favore, e l'oggetto di questa stipulazione non sia qualche cosa che gli fosse puramente personale, come lo sarebbe una rendita vitalizia, una pensione a titolo di alimenti, i suoi eredi per tesi generale potranno dimandare l'esecuzione della clausola, prima di ogni rivocazione da parte de' contraenti, o anche del solo stipulante, secondo le distinzioni che già abbiamo fatte.

Ciò non potrebb'essere dubbioso quando la stipulazione non fosse una liberalità a favore del terzo, ed anche nel caso contrario la morte di quest'ulti-

mo nettampoco basterebbe in generale per liberare il debitore, se la cosa da lui promessa non fosse unicamente personale al terzo. La quistione allora sarebbe di conoscere se gli eredi di costui possano profittarne, o se non ostante la loro accettazione prima della rivocazione dello stipulante, possa quest' ultimo richiedere l'esecuzione della stipulazione a favor suo. Risolvemmo precedentemente (1) che la morte di colui a favor del quale venne formato un atto di donazione distrugge questo atto, se essa sia avvenuta prima di essersi regolarmente fatta l'accettazione, ed anche di essersi notificata al donante; ma parliamo delle donazioni dirette, e qui si tratta di una liberalità considerata qual *condizione* di una stipulazione che si fa per sè stesso, o di una donazione che si fa altrui, lo che è lungi di essere la stessa cosa. Quindi crediamo che lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalla natura della convenzione, dalle circostanze della causa, dall' intenzione delle parti, e specialmente da quella che aveva lo stipulante in tempo dell' atto. Si potrebbe anche dire, secondo tale intenzione, che il debitore si trova liberato, dispensato di eseguir la clausola verso chicchessia; e ciò non sarebbe dubbioso nel caso in cui quel che doveva farsi pel terzo era qualche cosa meramente personale.

---

(1) Tomo VIII, n.° 419 e seguenti.

§. VII.

Dell' effetto delle convenzioni per riguardo agli eredi ed aventi causa delle parti.

SOMMARIO.

250. *In generale stipulando taluno per sè è riputato di stipulare anche pe' suoi eredi.*

251. *Quali sieno quelli che si comprendono qui sotto il nome di eredi.*

252. *Reputasi ugualmente di aver egli stipulato pe' suoi aventi causa: quali sieno le persone comprese qui sotto questa denominazione.*

253. *Si reputa pure aver promesso pe' suoi eredi ed aventi causa.*

254. *Circa ai creditori, se ne parlerà in prosieguo, al pari che della divisione delle obbligazioni tra gli eredi de' contraenti.*

255. *Puossi eziandio stipulare o promettere direttamente pe' suoi eredi, senza farlo nominatamente per sè: esempio; dritto romano su questo punto.*

256. *La regola che taluno stipulando o promettendo per sè, si reputa di avere stipulato o promesso pe' suoi eredi, soffre eccezione allorchè vi sia convenzione contraria: esempio.*

257. *Continuazione e modificazione.*

258. *Le parole* io, Paolo ec, *non restringono purtuttavolta l'effetto della clausola a* Paolo

259. *In parecchi casi la natura della convenzione o del dritto ne restringono gli effetti alla persona della parte, o fa sciogliere il contratto in forza della sua morte.*

260. *Quando stipuliamo per qualcuno colla mira che sarà nostro erede, è necessario in generale di designar la persona nella sua qualità di futuro erede.*

261. *La stipulazione di una cosa divisibile, fatta a favore di un solo de' futuri eredi, non è meno valida per lo intero, ma l'erede designato non ha altro per essa che il dritto di agire per la sua parte ereditaria. La rimessione fatta per la parte di uno de' futuri eredi del debitore è validissima.*

262. *Effetto della stipulazione di una cosa indivisibile, fatta a favore di uno o più de' futuri eredi dello stipulante.*

263. *Rimessione circa alla controversia se mai si possano obbligare i proprii eredi solidalmente, o se si possa incaricare uno di essi soltanto di soddisfare il debito, ed in qual senso debba intendersi quest' ultima clausola.*

250. Non avvien degli eredi delle parti come degli estranei: si può validamente stipulare per essi, ed anche si reputa di essersi ciò fatto, almeno in generale; giacchè essi continuano la persona del loro autore e la rappresentano; ***heres enim personam defuncti sustinet.*** « Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè, pe' suoi eredi, o « per quelli che hanno causa da lui, quando non « siasi espressamente convenuto il contrario, e ciò « non risulta dalla natura della convenzione; art « 1122 c. c. = *1076 ll. cc.* »

251. E qui nel nome di ***eredi*** si comprendono anche quelli che sono soltanto ***loco heredum***, come il figlio naturale riconosciuto, i legatarii o donatarii universali o a titolo universale, che senza rappresentar perfettamente la persona dello stipulante, come gli eredi propriamente detti (1), la rappresentano nondimeno per molti riguardi.

252. Si presume ugualmente che ciascuno abbia stipulato pe' suoi aventi causa (*ibid.*), come i donatarii e legatarii a titolo particolare, i compratori,

---

(1) Nondimeno, circa ai legatarii o donatarii universali, essi rappresentano perfettamente la persona del defunto, allorchè non vi sieno eredi ai quali la legge riserva una porzione di beni, poichè allora essi sono *impossessati* di pieno dritto come lo sarebbe, un erede del sangue; art. 1006 c. c. = *932 ll. cc.* Ciò appunto dicemmo spiegando questo articolo.

cessionarii, compermutanti, transigenti, e tutti gli altri in somma che abbiano ricevuto a titolo particolare la cosa riguardo alla quale avvenne la stipulazione.

Ma costoro hanno dritto a dimandarne il beneficio sol perchè questa stipulazione è relativa alla *cosa* a cui essi successero; mentrechè gli eredi vi hanno dritto perchè successero alla *persona* la quale aveva stipulato, e perchè hanno così le azioni personali ch'ella stessa aveva.

253. In senso inverso gli eredi del debitore, rappresentando la sua persona, debbono adempiere le sue obbligazioni; medesimo art. 1122. Ed i suoi semplici aventi causa a titolo particolare avendo ricevuto la cosa gravata del peso da lui impostole, debbono puranche, come successori a questa medesima cosa, soffrir l'esercizio di tal peso: giacchè non hanno se non i dritti che aveva il loro autore. Essi non son tenuti delle sue obbligazioni personali, ma debbono soffrir l'esercizio de' dritti *reali*, che egli aveva imposto sulla cosa a favore de' terzi. In somma *habent causam auctoris sui propter rem.*

254. Circa ai creditori, ne parleremo nel capitolo III; e parleremo nel capitolo IV della divisione delle obbligazioni, tanto per riguardo agli eredi del creditore, quanto per riguardo agli eredi del debitore.

255. Non solo possiamo stipulare o promettere pei nostri eredi, stipulando o promettendo per noi, ma eziandio possiamo direttamente stipulare o pro-

mettere per essi senza farlo per noi medesimi nominatamente; giacchè abbiamo interesse alla stipulazione o alla promessa, sol perchè riguarderà la nostra eredità. Così, posso benissimo stipulare che pagherete un tanto ai miei eredi, o a morte mia, o cinque anni dopo la mia morte; o promettervi un tanto pagabile da' miei eredi, o a morte mia, o cinque anni dopo la mia morte.

Nel dritto romano anteriore a Giustiniano bisognava che la stipulazione o la promessa avesse preso radice in persona dello stipulante o del debitore, perchè fosse trasmessibile attivamente o passivamente ai loro eredi, talchè *post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus a quo stipulabatur*. E per via di conseguenza non potevasi stipulare o promettere *pridie quam moriar*, giacchè il dì avanti della morte non poteva esser conosciuto che con la morte stessa. Ma Giustiniano cangiò il dritto su questo punto, come lo dice nel §. 12 delle sue Instituta, tit. *de inutilib. stipul.*: noi seguiamo il suo dettame.

256. La regola stabilita nell' art. 1122 c. c. = *1076 ll. cc.*, che si presume di aver ciascuno stipulato per sè e suoi eredi, soffre due limitazioni.

La prima ha luogo quando è *espresso* nella convenzione che gli eredi dello stipulante non ne potranno richiedere l' esecuzione, o che questa esecuzione non potrà richiedersi dagli eredi del debitore. Per esempio, *ti prometto di pagarti in un*

anno mille franchi (per qualche cosa che hai fatto per me), *ma che non potrai pretendere da' miei eredi*, ovvero *da' figli che lascerò per eredi*. In senso inverso, *tu mi prometti di pagarmi in un anno mille franchi*, *ma che io solo* ovvero *i miei figli eredi*, *e non altri che mi succedessero*, *potranno essi soli pretendere*.

Nel primo caso, se io muoia prima di essere stato in mora di adempiere la mia obbligazione, essa è estinta. Nel secondo, se tu muoia prima di essere stato in mora di adempiere la tua, essa è similmente annullata.

257. Ma se al contrario io muoia dopo essere stato in mora di adempiere la mia obbligazione, i miei eredi, qualunque essi sieno, saranno tenuti ad adempierla; ed avverrà lo stesso de' tuoi eredi di qualsivoglia natura se tu muoia essendo in mora di adempiere la tua. Imperciocchè la mia obbligazione o la tua, che sarebbe cessata colla nostra morte se quando è avvenuta non fossimo stati in mora, si è perpetuata stante questa circostanza.

Ed in fatti è regola di dritto che le azioni le quali si estinguono con un certo tempo o con la morte di una delle parti, continuano non ostante il tempo trascorso o la morte, allorchè sieno state intentate: *actiones quæ morte aut tempore pereunt, in judicio semel inclusæ, salvæ manent*; l. 139, ff. *de reg. juris*.

In verità nel dritto romano ciò dipendeva da che la *litis contestatio* operava una specie di novazione

nell' interesse del creditore; ma abbenchè questa *quasi novatio* non sia precisamente riconosciuta dalle nostre leggi, non è men vero eziandio che per molti riguardi gli effetti sono presso a poco gli stessi appo noi, giacchè la dimanda giudiziaria interrompe ugualmente la prescrizione, e gli art. 330 e 957 c. c. = *252 e 882 ll. cc.* in ispecie ci offrono esempii di casi in cui l' azione che si fosse estinta con la vita della persona si prolunga sol perchè fu intentata in vita sua.

Altronde i miei o tuoi eredi non possono profittare di non aver noi adempito le nostre obbligazioni secondo il tenore del contratto, e ciò nondimeno accadrebbe se non dovessero eseguirle, poichè troverebbero una eredità più opulenta che non lo sarebbe stata se queste medesime obbligazioni si fossero da noi adempite.

E circa alla costituzione in mora, essa potè aver luogo o con una dimanda giudiziale, o anche con una semplice citazione o altro atto equivalente, fatta o notificata allorchè il debito era divenuto esigibile, o per effetto della convenzione, se essa stabilisse che senza esservi bisogno di atto e con la sola scadenza del termine il debitore sarebbe costituito in mora; art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*

258. Ma perchè avvenga la limitazione di cui abbiano pocanzi parlato, bisogna che sia evidente di aver voluto le parti restringere l' effetto dell' obbligazione alla loro sola persona. Così, quantunque si fosse detto nella convenzione: *Io Paolo mi ob-*

bligo, ec., ciò solo non vorrebbe dire che l'effetto dell'atto debba restringersi a me solamente; giacchè ***plerunque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum*** *quo pactum factum est*; l. 7, ff. *de pactis*.

259. La seconda limitazione che soffre la regola di presumersi che abbia ciascuno stipulato o promesso pe' suoi eredi ed aventi causa, deriva *dalla natura della convenzione*, e si applica a molti casi. Riporteremo le principali.

1.° Allorchè nel contratto nuziale la moglie stipuli la facoltà di riprendere ciocchè ha conferito franco e libero da tutti i debiti della comunione rinunciandovi, questa clausola, la quale esime la moglie da ogni contribuzione alle perdite, e che le lascia nondimeno il dritto di parteciparé agli utili, se ve ne sieno, accettando la comunione, è limitata ne' suoi effetti alla sola persona della moglie (art. 1514 c. c.), giacchè è contraria alla natura della società, ed all' intutto esorbitante del dritto comune; art. 1855 c. c. = *1727 ll. cc.* Essa non si estenderebbe agli eredi della moglie se non quando vi fossero state espressamente comprese; e la menzione de' figli e discendenti non si estenderebbe agli ascendenti nè ai collaterali; *ibid.*

2.° Avvi eccezione pure alla regola allorchè io stipuli qualche cosa che dev' essermi del tutto personale, per esempio che potrò servirmi de' libri della tua biblioteca, o di taluni manoscritti che sono in tuo possesso. I miei eredi, qualunque essi

fossero, non avrebbero dritto, almeno generalmente, di richiedere in lor fovore l'esecuzione della convenzione, soprattutto se fosse a titolo gratuito, un puro comodato.

3.o Le locazioni d'opera son disciolte per la morte dell'operaio, architetto o intraprenditore; art. 1795 c. c. = *1641 ll. cc.* Spesso in questi contratti è presa in considerazione la particolare abilità della persona, e benchè per tal riguardo lo scioglimento della convenzione siasi pronunciata dalla legge principalmente nell'interesse del locatore, purtuttavolta non potrebbe costui pretenderne l'esecuzione dagli eredi dell'eperaio, intraprenditore o architetto, anche quando si fossero cominciati i lavori. Si presumette che questi operai, architetti o intraprenditori non avevano inteso imporre ai loro figli o altri eredi l'obbligo di eseguir lavori ai quali per la maggior parte del tempo essi non sarebbero atti.

La locazione di servizii è similmente disciolta colla morte dell'empiegato, commesso, servo o domestico.

4.° La società benanche si discioglie colla morte naturale o civile di uno de' socii (art. 1865 c. c. = *1737 ll. cc.*), perchè questo contratto si forma generalmente in considerazione della persona de' socii; talmentechè nel dritto romano non potevasi convenire che in caso di morte di uno di essi la società si continuerebbe col suo erede (1): lo che

(1) LL. 35 e 59, ff. *pro socio.*

fu nondimeno cangiato nella nostra legislazione; *ibid.*

La comunione tra coniugi cessa similmente di pieno dritto alla morte naturale o civile di uno di essi; art. 1441 c. c. = *1405 ll. cc.*

5.º Il mandato finisce colla morte naturale o civile del mandante o del mandatario; art. 2003 c. c. = *1875 ll. cc.*

Ed è lo stesso della tutela: essa non passa agli eredi del tutore (art. 419 c. c. = *341 ll. cc.*); lo che si applica alla cura ed agli altri pesi analoghi.

Ma gli eredi del mandatario o tutore sono risponsabili dell'amministrazione del loro autore: come gli eredi di un socio, o del marito nel caso di comunione, sono risponsabili de' fatti di colui al quale successero.

6.º Infine i dritti di usufrutto, di uso e di abitazione nettampoco passano agli eredi dell'usufruttuario o dell'usuario; art. 617 e 625 c. c. = *542 e 550 ll. cc.*.

Dicasi lo stesso delle rendite vitalizie e delle pensioni a titolo di alimento, quantunque l'atto costitutivo non avesse specialmente ristretta la durata di queste pensioni alla vita delle persone; *cessante causa, cessat effectus.*

All'opposto della rendita vitalizia, la quale dura per tutta la vita del creditore, se sia stata costituita in sua persona, puossi stabilire una rendita ovvero annualità durante la vita soltanto del debitore. Que-

sto modo è anche più morale della rendita vitalizia durante la vita del creditore; imperocchè questa non lascia cosa alcuna agli eredi della persona che impiegò i suoi beni per prezzo della rendita, mentrechè l' effetto di quella è soltanto di esentare gli eredi del debitore, lo che è assai degno di favore per natura sua, come lo è in generale la liberazione.

260. Puossi stipulare pe' proprii eredi, diciam noi, giacchè essi sono la continuazione di noi medesimi, e dev' esserci permesso in conseguenza di provvedere al loro interesse: *heredi cavere concessum est*; l. 10, ff. *de pact. dotalib*; l. 38, ff. *de verb. oblig.*

Ciò non forma dubbio allorchè stipuliamo in modo generale pe' nostri eredi; come una donna maritata in comunione la quale stipulasse per lei e pei *suoi eredi* la facoltà di riprendere ciocchè ha conferito, rinunciando alla comunione; art. 1514 c. c.

Ma quando designiamo la persona per la quale stipuliamo, è necessario in generale di dichiarare che si stipula per essa come pel nostro futuro erede; altrimenti la stipulazione non sarebbe valida, benchè questa persona diventasse effettivamente nostro erede; l. 17. ff. *de pactis*. E tal' è benanche il parere di Pothier, n.° 62. Ed in fatti la stipulazione sarebbe stata da prima per altrui, e come tale fin da principio nulla.

Vice versa, se io istipuli per un tale in quanto

che mio erede futuro, ed egli rinuncii alla mia eredità, la stipulazione è nulla, se non siasi in uno de' casi in cui si può utilmente stipular per altrui.

Il giureconsulto Giuliano spinse sì oltre il rigore di questa massima, che allorquando noi stipuliamo per qualcuno con la mira che sarà nostro erede, bisogna dichiararlo, che opina che se un debitore abbia convenuto col suo creditore che costui non esigerebbe ciocche gli è dovuto, nè da esso debitore, nè da una tale, *sua figlia*, il patto non ha effetto per riguardo alla figlia, benchè essa divenga erede di suo padre; §. 4 della medesima l. 17, ff. *de pactis*.

Ma Brunemanno, *ad hanc legem*, al cui sentimento si uniforma Pothier, opina con ragione che la sentenza di Giuliano sia troppo rigorosa e non debbe seguirsi; giacchè, dicono questi autori, allorchè io stipulo col mio creditore che non esigerà nè da me nè da *mia figlia* la somma che gli devo, è chiaro che io stipulo ciò per mia figlia nel caso in cui divenisse debitrice: or non diverrà debitrice che divenendo mia erede: io fo dunque con ciò pure la convenzione a favore di mia figlia pel caso in cui fosse mia erede, e nella sua futura o presuntiva qualità di erede.

E, come benissimo osservò Pothier, possiamo tanto più allontanarci dalla sentenza di Giuliano, in quanto sembra che gli stessi giureconsulti romani non furono di accordo su tale quistione. Celso

in fatti nella l. 33 al medesimo titolo par che chiaramente abbia opinato in diverso modo; non richiedendo perchè il patto liberatorio giovi al figlio del debitore, a pro del quale era stato pure interposto, che siasi parlato di questo figlio nella sua qualità di futuro erede di suo padre.

Indubitatamente nel nostro dritto la moglie in comunione di beni che avesse stipulato per lei ed i suoi *figli* la facoltà di riprendere franco e libero ciocchè ha conferito, rinunciando alla comunione, avrebbe validamente stipulato per essi, benchè non avesse altronde fatto menzione nell' atto della loro qualità di futuri eredi; art. 1514 c. c. Ma per potere invocare la clausola converrebbe che essi si qualificassero eredi della lor madre, almeno col beneficio dell' inventario.

261. Per massima io non posso stipulare soltanto pel *tale* de' miei futuri eredi quando si tratti di qualche cosa divisibile, come una somma di danaro, un territorio, ec.; giacchè dovendo questo erede rappresentarmi solo circa alla parte per la quale mi succederà, il resto sarebbe una stipulazione fatta per altrui, poichè in generale l' interesse di affezione non basta in dritto per autorizzarmi a stipulare, in mio proprio nome, per un altro. Tanto dichiaravano in espresso modo le leggi romane: *Sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse est omnibus adquiri*; l. 137, §. *fin.*, ff. *de verb. oblig.* E Pothier, nemico come si sa,

delle sottigliezze che si osservano talvolta in quella legislazione, abbraccia facilmente questa massima, la quale del resto va soggetta a talune restrizioni, di cui siamo per parlare.

Ma in qual senso deve mai essa intendersi? La stipulazione sarà forse valida per lo intero, e ne avranno in conseguenza tutti gli eredi acquistato il beneficio, nella proporzione delle loro parti ereditarie, non ostante la restrizione al tale fra essi? Ovvero non altro vi si troverà validamente stipulato, se non la parte per la quale quest' ultimo sarà erede?

In primo luogo, quando un debitore convenga col suo creditore che costui non potrà dimandare al tale de' futuri eredi, di esso debitore, la sua parte nel debito, questa convenzione è perfettamente nelle regole, e non giova che a questo erede soltanto: è desso un patto di rimessione che le stesse leggi romane ammettevano senza ostacolo: *quippe heredi consuli concessum est, nec quicquam obstat uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit, cœteris autem non consuli*; l. 33. ff. *de pactis.*

Ed in fatti questo caso differisce da quello della stipulazione a favore di un solo o di più eredi dello stipulante; giacchè la condizione degli altri eredi non è aggravata mediante la restrizione, mentre ciascun di essi non dovrà sempre che la sua parte nel debito; nell' atto che nel caso di stipulazione, questa stipulazione sarebbe effettivamen-

te riputata fatta per altrui in quel che eccedesse la parte ereditaria dell' erede a favor di cui fosse fatta, se dovesse egli solo profittarne (1). Nondimeno nel caso della rimessione, bisogna che essa sia stata gratuita; giacchè se il debitore a fin di ottenerla avesse dato taluna cosa che fosse di qualche valore, l' erede dovrebbe farne la collazione ai suoi coeredi, ammenochè non ne fosse stato dispensato in uno de' modi espressi nell' art. 919 c. c. = *835 ll. cc.*; ed in questo caso ciocchè si fosse così pagato sarebbe imputabile sulla quota disponibile.

Circa alla stipulazione fatta a favore soltanto di un futuro erede del creditore, bisogna aver per massima che è valida per lo intero, e che ciascun erede potrà dimandarne l' esecuzione da parte sua, come se non si fosse fatta nominatamente a favore di uno di essi soltanto: la restrizione vien riputata nōn avvenuta; lo sarebbe stata nello stesso dritto romano, giusta la succitata l. 137, §. *ult. de verb. oblig.*: *quia necesse est omnibus heredibus adquiri quod stipulemur.*

Pothier la riguardava pure come non iscritta nelle obbligazioni divisibili, ed a riguardo di quella soltanto noi agitiamo adesso la quistione.

Stante ciò, l' erede non avrebbe l' azione per lo intero contra il debitore, senza una cessione o un

(1) Cuiacio, sulla l. 56, §. 1, ff. *de verb. oblig.*, spiega perfettamente la ragione di differenza, e concilia così la l. 33, ff. *de pactis* colla l. 137, §. *ult. de verb. oblig.*, a cui si suole opporre.

mandato de' suoi coeredi, o una clausola della divisione che ne facesse le veci; e se avesse riscosso tutto il debito, ne dovrebbe render conto ai suoi coeredi come nei casi ordinarii, ammenochè non gliene fosse stata fatta la donazione con dispensa da collazione, secondo la forma a tal' effetto prescritta.

Del resto può un creditore indicare un suo erede presuntivo per ricevere il pagamento del debito in intero, come potrebbe indicare un estraneo; ed il debitore che glielo avesse fatto sarà validamente liberato riguardo agli altri, anche quando lo avesse fatto dopo la morte del creditore (1). Ma l' erede che lo avrà ricevuto sarà in obbligo di tenerne conto ai suoi coeredi in tempo della divisione, come cosa sottoposta a collazione; art. 851 c. c. = *770 ll. cc.* E nel caso in cui rinunciasse alla credità, gli altri avrebbero contro di lui l'azione *mandati* per obbligarlo a render conto di ciocchè ricevè; giacchè sarebbe soltanto riputato *adjectus solutionis gratia* se non fosse stabilito che il defunto volle fargli una donazione della somma.

262. Se, quando si tratti di qualche cosa divisibile, non si può stipulare per un solo de' proprii futuri eredi, in modo che avesse per sè solo il beneficio dell' obbligazione senza farvi partecipare di poi i suoi coeredi, o anche che potesse soltanto

---

(1) L. 1, Cod. *de except. seu praescript.* Cuiacio su questa legge.

esercitare, senza mandato da parte di costoro, l'azione per lo intero; non avvien così allorchè l'oggetto della stipulazione sia qualche cosa d'indivisibile, come lo sono la maggior parte de' *fatti.* Per esempio, nelle obbligazioni che consistono *in faciendo*, siccome ciascuno degli eredi succede in generale per lo intero al credito che ne risulta, attesa la stessa natura di questo credito, il quale non è in generale capace di parti, io posso benissimo, stipulando nominatamente per un tale, uno de' miei eredi presuntivi, far succedere esso solo per lo intero al credito che risulterà da questa stipulazione, in modo che avrà in persona sua il dritto di procedere contra il debitore pel totale: *at cum quid fieri stipulemur, unius personam recte comprehendi;* l. 137, §. *ult.*, ff. *de verb. oblig.*

Da ciò segue che se vendendo un fondo ad un pittore, io pongo la clausola che egli, in forma di strenna o di regalo, farà il ritratto di mia figlia, ed io muoia prima che colui abbia fatto questo ritratto, la sola mia figlia avrà l'azione per obbligarlo ad eseguir la clausola o a pagare i danni ed interessi. Pothier lo risolve così (1), ma aggiunge che nelle consuetudini le quali non permettono ad un padre di vantaggiare un suo figlio che concorre

(1) Egli suppone pur tuttavolta di avere il pittore promesso di fare un certo quadro, e non un ritratto, il quale non avendo generalmente lo stesso valore commerciale, può modificare in qualche modo la sua ulteriore risoluzione, circa all'indennità de' coeredi.

alla successione, questo figlio sarebbe obbligato di ricompensare i suoi coeredi per le loro parti.

Questa osservazione deve nondimeno restringersi ai casi in cui ciocchè si trovasse stipulato per uno de' figli fosse di qualche importanza ed avesse del valore per lui, aumentasse il suo patrimonio; ed in tutti i casi sarebbe applicabile sol quando la stipulazione del padre fosse a titolo oneroso. Allora, benchè sia permesso, vigente il Codice, di vantaggiare un figlio che viene alla successione (art. 919 c. c. = *835 ll. cc.*), nondimeno tale vantaggio, quantunque procurato indirettamente, sarebbe sottoposto a collazione, se non ve ne fosse espressa dispensa nella forma preveduta in quest'art. 919; art. 843 c. c.=*762 ll. cc.* In linea di conseguenza, in caso di dispensa, il valore della cosa sarebbe soggetto ad imputazione sulla quota disponibile.

263. Ma dacchè nelle obbligazioni divisibili non puossi stipulare per un solo de' proprii futuri eredi, segue forse che non si possa similmente in tali obbligazioni promettere che un solo de' futuri eredi sarà tenuto del debito? L'affermativa non era dubbiosa nelle massime del dritto romano, le quali Pothier seguì nel suo *Trattato delle obbligazioni*, n.° 66, in cui così si esprime: « Similmente nelle obbligazioni divisibili, al pari « che non possiamo stipulare per qualcuno se « non quando e per la parte che sarà nostro « erede, allo stesso modo non possiamo obbliga- « re qualche nostro erede se non circa alla parte

« per la quale sarà nostro erede. Ecco perchè
« inutilmente un debitore comprenderebbe nomi-
« natamente un tale, il quale deve essere un suo
« erede, giacchè sarà egli tenuto del debito sol
« come gli altri eredi che non vi furono compre-
« si: *Te et Titium heredem tuum decem datu-*
« *rum spondes? Titii persona supervacua com-*
« *prehensa est*: *sive enim solus heres extiterit,*
« *in solidum tenebitur*, *sive pro parte*, *eodem*
« *modo quo cæteri ooheredes ejus*; l. 56, §.
« 1, ff. *de verb. oblig.* »

Ciò del resto non impediva che il debitore potesse col suo testamento o con un codicillo incaricare un erede di soddisfare tutto il debito, e senza regresso contro i suoi coeredi, nel qual caso era un legato a titolo di anteparte ch' egli faceva agli altri per la loro porzione in questo medesimo debito; e l' erede il quale era incaricato di soddisfarlo doveva garantirli che lo pagherebbe; l. 20, §. 5, ff. *famil. erciscundæ.*

L' art. 1221, n.i 4 e 5 insiem combinati c. c. = *1174 ll. cc.* ebbe forse in mira un tal caso ed altri analoghi, dicendo che « quando un solo de-
« gli eredi sia in forza del titolo incarito dell'a-
« dempimento della obbligazione, questo erede può
« essere convenuto per l' intero, salvo il suo re-
« gresso contra i suoi coeredi? »

Ovvero questa disposizione è essa assoluta, applicabile a tutti i casi in cui il titolo in fatti incaricasse un erede di soddisfare il debito?

Non deve piuttosto intendersi, nei casi ordinarii, del dritto pel creditore di *procedere* per l'intero contra l'erede indicato, ma salvo la facoltà per costui di porre in causa i suoi coeredi, come nelle obbligazioni indivisibili propriamente dette, ad effetto di far dividere tra essi e lui l'importare della *condanna*?

Ciò sarà da noi esaminato trattando della divisione de' debiti fra gli eredi, nel cap. IV, sez. V.

Ci limiteremo a dire per ora che tali quistioni non son risolute in modo uniforme dagl' interpetri del Codice. Si è anche preteso che possa un debitore imporre la solidalità a tutti i suoi eredi (1).

SEZIONE II.

Della capacità delle parti contraenti.

SOMMARIO.

264. *Bisogna che la persona che si obbliga sia capace di obbligarsi.*

265. *Per massima, ogni persona è capace di contrattare, se non sia dichiarata incapace dalla legge.*

266. *I minori, gl' interdetti, le donne maritate non autorizzate e talune altre persone alle quali la legge ha interdetto certi contratti, son quelli che la legge dichiara incapaci di contrattare.*

267. *Per altro non in tutti i casi, ma soltanto in quelli preveduti dalla legge.*

---

(1) In talune consuetudini in fatti, come quelle di Amiens e di Bretagna, la solidalità fra gli eredi aveva anche luogo di pieno dritto.

268. *E le persone capaci ad obbligarsi non possono opporre l' incapacità di colui col quale contrattarono : conseguenze.*

269. *Sviluppamento della massima che sol nei casi preveduti dalla legge possono il minore , l' interdetto e la donna maritata impugnare le loro obbligazioni per causa d' incapacità.*

270. *Rimessione ad altri volumi dell' opera circa a quel che concerne gli effetti dell' incapacità degl' interdetti , delle donne maritate non autorizzate, e degl' individui sottoposti all' assistenza di un consulente giudiziario.*

271. *Rimessione circa agli atti formati dai tutori de' minori e degl' interdetti.*

272. *Rimessione pure in quanto agli atti fatti dai minori emancipati.*

273. *Trattasi principalmente qui degl effetti dell' incapacità de' minori sotto tutela.*

274. *Il Codice riconosce due classi di minori, i non emancipati e gli emancipati .*

275. *Quale era l' effetto dell' emancipazione nel dritto romano.*

276. *Come si distinguevano le persone a seconda dell' età , in quella legislazione.*

277. *Quali erano gli effetti degli atti formati dagli impuberi e dai puberi* minores viginti quinque annis.

278. *Nel nostro dritto al pari che nel dritto romano , il fanciullo meno di anni sette non può dare un consenso che produca qualche effetto anche nel suo interesse.*

279. *Qual' è l' effetto di un contratto stipulato da un minore al di sopra di anni sette ? testo degli art. 1305 e 1306 c. c.*

280. *L' art. 1305 , autorizzando la rescissione per causa di lesione , di qualsivoglia atto riguardante i minori sotto tutela , intende forse parlare degli atti formati dai tutori, o dai minori colla autorizzazione del loro tutore? no, intende parlare degli atti fatti dagli stessi minori. Opinione contraria di un autore.*

281. *Continuazione della discussione.*

282. *Continuazione.*

283. *Continuazione.*

284. *Continuazione.*

285. *Confutazione di talune obbiezioni.*

286. *Confronto delle disposizioni del titolo della tutela con l' art. 1305 c. c.*

287. *Sunto della discussione.*

288. Perchè vi sia luogo alla rescissione per causa di lesione, bisogna che questa sia di qualche importanza.

289. La semplice dichiarazione di età maggiore non forma ostacolo alla restituzione del minore.

290. Il minore non può essere restituito contra le obbligazioni che risultano da' suoi delitti o quasi delitti.

291. Il minore negoziante, banchiere o artigiano nettampoco può essere restituito contra le obbligazioni da lui assunte a motivo del negozio o dell' arte sua.

292. Il minore non può essere restituito contra le convenzioni contenute nel suo contratto matrimonale, allorchè sieno state fatte con l' assistenza e col consenso delle persone designate dalla legge.

293. L' osservanza delle formalità prescritte per le vendite anche d' immobili, e per le divisioni, rende il minore inammessibile ad impugnare questi atti per causa di minore età.

294. I maggiori possono essere restituiti per causa di lesione, sol nei casi determinati dalla legge.

264. Perchè una convenzione sia valida, non basta che il consenso delle parti vada immune dai vizii di cui abbiam parlato nella precedente sezione, ma bisogna eziandio che la persona la quale si obbliga sia capace di obbligarsi: è questa pure una condizione essenziale alla validità del contratto; art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*.

265. Ma per massima « ogni persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge »; art. 1123 c. c. = *1077 ll. cc.*

266. « Sono incapaci a contrattare:

« I minori,

« Gl' interdetti,

« Le donne maritate nei casi espressi dalla « legge,

« E generalmente tutti coloro ai quali la legge

« proibisce taluni contratti (a) (art. 1124 c.c. = « *1078 ll. cc.*) »: come i prodighi sottoposti all' assistenza di un consulente giudiziario, i quali non posson fare tali contratti senza essere assistiti da questo consulente, almeno ad effetto di essere validamente obbligati.

267. Del resto « il minore, l' interdetto e la « donna maritata non possono impugnare per causa « d' incapacità le loro obbligazioni, all' infuori de' « casi preveduti dalla legge (b); art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.* »

268. « E le persone capaci di obbligarsi non « possono opporre l' incapacità del minore, del-« l' interdetto o della donna maritata, co' quali « abbiano contrattato; *ibid.* »

Da quest' ultima disposizione risulta che l' incapacità del minore, dell' interdetto e della donna maritata non debitamente autorizzata, altro non produce che una nullità relativa, e capace soltanto di essere opposta da essi o dai loro eredi. E quando anche il contratto sia sinallagmatico, per esem-

(a) Si osservi la parola *Incapacità* nel mio *Repertorio Giudiziario*, e la nota al n.703 del terzo volume di questa opera. Trad.

(b) I comuni, ai termini dell' art. 301 della legge dei 12 dicembre 1816 sull'amministrazione civile, possono impugnare di nullità i contratti fatti senza precedente autorizzazione. Lo stesso è da dirsi dei contratti fatti coi pubblici stabilimenti, e dei contratti formati con corporazioni ecclesiastiche, mense vescovili, badie o beneficii senza le preventive necessarie solennità, che a riguardo di questi contratti vengono indicate nel decreto del 1.° dicembre 1833. Trad.

pio, una vendita, la regola non è meno applicabile: l'incapace dimandar ne può l'esecuzione, eseguendo dal lato suo, o attenersi alla nullità della sua obbligazione: egli ha la scelta. Il contratto in questo caso è obbligatorio da un sol canto; ma non è contrario all'essenza de' contratti sinallagmatici che una delle parti abbia il dritto di liberarsi, benchè l'altra non lo abbia: per esempio, la compra fatta con la condizione che potrà il compratore restituir la cosa fra sei mesi susseguenti al contratto, se gli dispiaccia, è validissima (1); e vi sono altri casi ancora in cui una delle parti può liberarsi, benchè l'altra non lo possa. Altronde la nullità ha bisogno di esser dimandata dall'incapace, e nel termine prescritto dalla legge; talchè fino a tanto che non l'abbia fatta pronunciare, è obbligato in dritto. Ma finchè dura l'incapacità, non può l'altra parte forzar l'incapace a prendere il suo partito: è colpa sua lo aver seco contrattato. Quando l'incapacità sia scomparsa, egli può obbligarlo a dichiararsi, convenendolo perchè esegua il contratto, se già nol sia.

269. Siccome nei soli casi preveduti dalla legge possono il minore, l'interdetto e la donna maritata impugnare le loro obbligazioni, segue da ciò che un atto formato da essi non sarà annullabile sol perchè la legge non lo avesse specialmente autorizzato o dichiarato valido, ma soltanto che po-

---

(1) L. 3. ff. *de contrah. empt.*; l. 6; ff. *de rescin. vendit.*

trà essere annullato o rescisso per averne la legge pronunciata la nullità, o specialmente, o per effetto di una disposizione generale che comprendesse l'atto di cui trattasi.

Questa conseguenza deriva necessariamente dal confronto degli art. 1124 e 1125 c. c. = *1078 e 1079 ll. cc.*

Essa è senza importanza riguardo agli atti formati dagl'interdetti, giacchè i medesimi sono tutti ed indistintamente compresi nella disposizione generale ed assoluta dell'art. 502 c. c. = *425 ll. cc.*, che li dichiara nulli per dritto. Confesseremo pure che non è di grande importanza per ciocchè riguarda gli atti fatti dalle donne maritate non autorizzate; giacchè, a motivo della disposizione generale dell'art. 217 c. c. = *206 ll. cc.*, secondo cui « la donna, ancorchè non sia in comunione o « sia separata di beni, non può donare, *aliena-* « *re*, ipotecare, *acquistare a titolo gratuito o* « *oneroso*, senza che il marito concorra all'atto « o presti il suo consenso in iscritto, » è vero il dire che le donne maritate non autorizzate sono, per massima, colpite dall'incapacità di contrattare, e che sol per eccezione, nei casi preveduti dalla legge, lo possono; abbenchè lo stesso art. 1124 non le dichiari incapaci che per eccezione, cioè *nei casi espressi dalla legge.*

Ma la conseguenza che abbiam desunta da principio ha qualche importanza per riguardo agli atti stipulati dai minori.

In fatti se i minori non sono, per massima, incapaci di contrattare, se lo sono sol nei casi preveduti dalla legge, e se in questi casi soltanto possono impugnare le loro obbligazioni, allora bisognerà non uscire da questi medesimi casi; e perchè un minore possa ottenere la rescissione della sua obbligazione, non gli basterà d' allegare e di provare che era minore in tempo dell' atto, ma bisognerà di più che provi di essere in una delle ipotesi prevedute dalla legge per essere restituito.

Ciò convien dimostrare a fin di stabilire, almeno per quanto più chiaramente si può, la teorica del Codice su questo punto importante.

270. Prima di tutto dobbiamo far osservare che avendo già trattato estesamente dell'incapacità degl' interdetti (1), non possiamo (a) che rimettere il lettore a quel che dicemmo a tal riguardo, a fin di evitare inutili ripetizioni.

Dicasi lo stesso circa alla incapacità delle donne maritate non debitamente autorizzate: ne sviluppammo gli effetti e spiegammo i casi in cui cessa, nel titolo *del Matrimonio* (2).

Parlammo ugualmente (3) dell' incapacità dell' individuo a cui, attesa la sua debolezza d'animo, o il vizio di prodigalità, siasi dato un consulente

(1) Tomo III, nel titolo dell' *Interdizione*, cap. 1, sez. IV, §. 2 e 3, ed anche per ciocchè riguarda *le Donazioni ed i testamenti*, nel tomo VIII, cap. II, sez. I, §. 1.

(a) Veggasi la nota al n.° 748 del volume terzo. Trad.

(2) Capo VI, sez. 2, §§. 2 e 6 inclusivamente, tomo II.

(3) Nel titolo dell' *Interdizione*, cap. II, tomo III.

giudiziario, senza il parere del quale non può stare in giudizio, transigere, prendere a prestito, ricevere capitali, farne quietanza, alienare o ipotecare i suoi beni; art. 499 e 513 c. c. = *422 e 436 ll. cc.*

271. Nel titolo *della Tutela e dell'emancipazione* sviluppammo l'estensione de' poteri del tutore giusta la massima ch'egli rappresenta il minore in tutti gli atti civili; art. 450 c. c. = *373 ll. cc.* Si vide ivi quali sieno gli atti che può far da sè solo, in virtù del potere che la legge gli conferì; quelli che non può fare se non previa autorizzazione del consiglio di famiglia; quelli pe' quali è anche necessaria una omologazione del tribunale; quelli in fine che gli sono in assoluto modo interdetti.

272. Nello spiegare il medesimo titolo si vide pure a quanto si estenda la capacità del minore emancipato; quali sieno gli atti che può fare in ragion della sola emancipazione, senza speranza di essere restituito, eccettochè nei casi in cui un maggiore potrebbe anch'egli esserlo; quali sien quelli per fare i quali ha bisogno dell'assistenza di un curatore; quelli in fine che far non può anche con tale assistenza, e pei quali bisogna osservare le formalità che sarebbero prescritte se ei non fosse emancipato.

273. Gli altri casi ne' quali talune persone non posson fare alcuni contratti furono trattati, o lo saranno in prosieguo nei titoli ai quali si rannodano.

Qui dobbiamo occuparci soltanto della incapacità de' minori, considerata in generale, e più particolarmente degli effetti di quella del minore non emancipato, di cui non parlammo nel titolo *della Tutela*, perchè il legislatore si occupò in questo titolo solo di ciò che riguarda la tutela stessa e non degli atti fatti dal minore, finchè non è emancipato. Ei volle unicamente determinare il modo di amministrazione del tutore.

274. Il Codice riconosce due classi di minori: i minori non emancipati che sono sotto la patria potestà o soggetti a tutela, ed i minori emancipati, i quali sono soltanto sottoposti alla invigilanza di un curatore, senza la cui assistenza non possono ricevere il loro conto di tutela, nè fare gli atti che escono dai limiti della semplice amministrazione de' beni, senza adempiere le formalità prescritte al minore non emancipato; art. 484 c. c. = 407 *ll. cc.*

275. Nel roman dritto riguardavasi l' età e non la emancipazione, per valutare la capacità della persona. L' emancipazione, che poteva avvenire in ogni età, aveva soltanto per effetto di rendere l' individuo *pater familias*, *sui juris*, da figlio di famiglia o *alienis juris* ch' era, e di fargli così acquistare o stipular per sè ciocchè acquistava o stipulava prima per colui alla potestà del quale era soggetto. (1).

(1) Senza pregiudizio di quel che riguardava i peculii. *V.* a tal riguardo nel tomo III. n.° 348.

276. Si distinguevano le persone in puberi ed impuberi (a).

I puberi erano i maschi dell' età di quattordici anni compiti, e le femine che aveva dodici anni compiti.

Passata quest' età e sino ad anni venticinque, le persone erano dette *minores viginti quinque annis*. Del resto talvolta si comprendevano pure sotto la medesima qualificazione gl' impuberi stessi; ma ciò non era ordinario.

Gl' impuberi erano divisi in tre classi: quelli che avevano meno di anni sette compiti, e che chiamavansi *infantes*, *qui fare non possunt*, o che almeno non comprendono ciocchè fanno e ciocchè dicono, *qui a furioso non multum distant* (1); quelli che erano *proximi aut proximæ infantiæ*; e quelli infine ch' erano *proximi aut proximæ pubertati*.

Pur tuttavolta gl' interpetri non furono di accordo intorno all' epoca della separazione, tanto più che non vi sono testi i quali chiaramente la stabiliscano. Alcuni pretesero che l' impubere fosse *proximus infantiæ*, finchè non aveva dodici anni compiti; altri finchè non ne aveva tredici compiti; Cuiacio finchè gli mancavano sei mesi per esser pubere; Accursio divideva in due tempi

(a) Si osservi la nota al n.° 405 del volume terzo. Trad.

(1) §. 9 Instit. *de inutil. stipul.*; l. *infanti* 18 Cod. *de jure delib.* l. 1, §. 2, ff. *de adm. tut.*; e l. 14 ff. *de sponsal.*

uguali quello cha separa l'infanzia dalla pubertà; infine altri dissero di esser questo un punto rimesso alla prudenza del magistrato, il quale doveva decidersi a seconda dell'intelligenza della persona (1).

277. Sino ad anni sette l'impubere era incapace di contrattare, sia ad effetto di obbligare un altro verso di lui, sia ad effetto di obbligarsi verso un altro: l'autorità del tutore non poteva anche applicarsi utilmente all'atto fatto da un pupillo di questa età (2). Non eravi consenso in un essere la cui intelligenza era peranco sì poco sviluppata.

Passato gli anni sette, poteva il pupillo validamente contrattare ed obbligarsi con l'autorità del suo tutore, il quale suppliva all'imperfezione del suo discernimento; ed anche senza questa autorità, obbligava validamente un altro verso di lui (3). Ciò non erasi ammesso da principio riguardo al *proximus infantiæ*, il quale veniva ugualmente considerato come privo di discernimento bastante a contrattare, giacchè egli pure *non multum a*

(1) *V.* Vinnio, sul §. III. Instit. *de inutili stipul.* Egli abbracciò l'opinione di Accursio, seguita pure da Paolo di Castro e da parecchi altri dottori.

(2) Nondimeno nelle cose che consistevano in *fatto* piuttosto che in dritto, per esempio, per acquistare il possesso, l'autorità del tutote poteva applicarsi all'atto di un fanciullo stesso meno di anni sette; l. 1, §. 3; l. 32, §. ult. ff. *de adquir. posses.*; l. 3, Cod. *eodem tit.*

(3) Purtuttavolta non poteva senza questa autorità ardire alcuna eredità, nè ricevere una eredità lasciata per fedecommesso, nè dimandare il *possesso de' beni*; §. 1, Instit. *de auctorit. tutor.*

furioso distat; ma lo era stato infine per favore verso i pupilli: *sed in proximis infantiæ, propter utilitatem eorum benignior juris interpetratio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi* (1).

Talmentechè se trattavasi di un contratto sinallagmatico, per esempio di una vendita (2), poteva il pupillo dimandarne l' esecuzione (ma eseguendo dal lato suo), o poteva avere il contratto come nullo e non avvenuto (3). Il contratto era *claudicante,* per valerci dell'espressione di taluni autori: era obbligatorio per l'impubere condizionatamente, cioè se lo volesse. Del resto il pupillo rimaneva sempre obbligato sino alla concorrenza di ciò di cui si era arricchito della cosa dell' altra parte (4): *natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura* (5).

Circa ai puberi non ancor giunti all'età di anni venticinque compiti, vieppiù potevano essi validamente obbligare le altre persone verso di loro, e si obbligavano validamente pure verso di altri; ma se erano lesi col contratto, potevano ottenere dal magistrato di essere restituiti contra ciò che avevano fatto (6). Bisognava nondimeno a tal uopo che la lesione fosse di qualche importanza, *quia*

(1) §. 9, Instit. *de inutil. stipul.*
(2) L. 13, §. *antepenult.*, ff. *de act. empt. et vend.*
(3) *Princip.* Instit. *de auct. tut.*
(4) L. 1, l. 5, §, 1, ff. *de auctorit. tutor.*
(5) L. 14, ff. *de condict. indeb.*
(6) L. 3, Cod. *de integ. restit. minor. vigenti quinque annis.*

de minimis non curat Prætor, e che risultasse dall' atto e non da un avvenimento casuale ed impreveduto.

Nondimeno se trovavansi provveduti di curatore, non potevano obbligarsi senza la sua autorità; altrimenti il contratto era nullo *ipso jure*, talmente che non vi era bisogno di farlo rescindere mercè una restituzione *in integrum* (1).

Ed anche coll' autorità del tutore o curatore, vi erano atti i quali non potevano validamente farsi senza un decreto del magistrato: tali erano da prima le alienazioni ed obligazioni de' fondi rustici e di quelli che si trovano situati nel sobborgo della città, *suburbana*; ed in prosieguo de' fondi urbani e degli schiavi addetti ai fondi rustici (2).

E quantunque le alienazioni fossero state fatte in virtù di un decreto del magistrato, potevano ancora essere rescisse nei termini stabiliti per ottenere la restituzione *in integrum*, se avevano avuto luogo senza necessità, per effetto di rigiri de' tutori o curatori, o se eravi stata collusione tra costoro e l'acquirente (3), ed anche se il minore era stato gravemente leso nella vendita (4).

---

(1) Medesima l. 3, Cod. *de integ. rest.*

(2) *V.* il titolo del Codice *de prædiis vel aliis rebus minor. sine decreto non alienand. vel obligl.*

Nondimeno la formalità del decreto, introdotta da un senato consulto non era applicabile alle alienazioni che avevano luogo in conseguenza del dritto d'ipoteca o in esecuzione delle sentenze; l. 1, a questo tit.

(3) *V.* la l. 2, Cod. *si advers. vendit.*

(4) LL. 1 e 11, *Cod. de præd. vel aliis reb.*

Il pagamento fatto al pupillo, senza l'autorità del tutore, non liberava il debitore, salvo a lui il provare che la cosa pagata era ridondata in vantaggio del pupillo. E Giustiniano volle puranche che il pagamento per liberare deffinitamente il debitore, fosse fatto al tutore o al curatore, previa sentenza del magistrato (1).

In fine l'intervento del tutore o curatore nell'atto del pupillo o del minore rendeva valido questo atto, se nondimeno ancora la legge, stante la natura della convenzione, non richiedeva l'osservanza di talune formalità, per esempio, un decreto del magistrato nelle alienazioni d'immobili; ma in generale i pupilli ed i minori non potevan meno dimandare ed ottenere la restituzione *in integrum* nella loro età maggiore, se erano stati lesi dall'atto. *V.* a tal riguardo il titolo del Cod. *si tutor vel curator intervenerit*, ed i titoli seguenti: talmentechè non eravi per così dire alcuna sicurezza in contrattare coi minori, anche autorizzati dal loro tutore o curatore.

E viemaggiormente erano restituiti allorchè avevano omesso di acquistare per negligenza o per ignoranza del lor tutore o curatore, o di loro medesimi: *minoribus in his quœ vel prœtermiserunt vel ignoraverunt, innumeris auctoritatibus constat esse consultum*; l. 8, Cod. *de integ. restit. minor viginti quinque annis.*

---

(1) §. 3, Instit, *quibus alienare licet.*

278. I compilatori del Codice civile non abbracciarono queste regole in tutta la loro estensione: vi vuol ben altro; ed il loro sistema in generale è preferibile per ogni aspetto. Tutto sta in ben comprenderlo, giacchè non si può dissimulare di esservi qualche oscurità nelle disposizioni del Codice a tal riguardo.

È indubitato purtuttavolta che le persone le quali abbiano contrattato con minori non possano prevalersi dell' incapacità di questi ultimi; art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.* In vano esse direbbero che non vi ha contratto senza consenso (art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*), e che è impossibile di supporre il consenso in un fanciullo; giacchè primieramente non dobbiam supporre che una persona la quale gode del suo buon senso faccia da vero un contratto o una convenzione di qualche importanza con un fanciullo di tenera età, per esempio minore di anni sette. I compilatori del Codice non previdero questo caso, perchè è inverisimile, e non se ne vede esempio nei tribunali (1). Se i Romani lo previdero, lo fu meno nell' idea che qualcuno contratterebbe con un impubere di sì tenera età, che per istabilire che questo fanciullo non potrebbe stipulare utilmente anche con l' autorità.

---

(1) Il Codice prussiano lo previde nondimeno, ma per tradizione delle leggi romane: esso dispone, part. 1, tit. IV, n. 20: « Tutte « le dimostrazioni di volontà *al di sotto di anni sette* sono nulle» N. 21: « Quelle degl' impuberi minori di anni quattordici son « valide sol quando ne risulti per essi un vantaggio. »

del suo tutore: ciò era per escludere in tal caso la cooperazione del fanciullo.

E poichè essi ammisero che passata questa età, potesse utilmente stipulare, far migliore la sua condizione, anche senza l'autorità del tutore, quando altronde richiedevano al par di noi il consenso per la validità di ogni contratto, non vedesi perchè si risolverebbe altrimenti nel nostro dritto, poichè il Codice non fa alcuna distinzione in ragion dell'età che ha il minore allorchè contratta.

In effetti la disposizione dell'art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.*, è assoluta: in forma d'inammessibilità è l'altra parte rigettata nella sua dimanda per nullità. È dessa una quistione di *capacità*, e non di *consenso*: il Codice non ne fece altro, come lo stesso dritto romano allorchè il pubere era minore di anni sette.

Bisogna altronde che l'altra parte abbia trovato bastante discernimento nel minore per aver seco contrattato; in somma essa è inammessibile a pretendere che, attesa la sua età nel momento del contratto, non abbia dato un consenso bastantemente chiaro, ed in conseguenza che il contratto sia nullo: è sua colpa di aver seco lui contrattato. Il Codice prussiano, da noi pocanzi citato a tal riguardo, dichiara, come il dritto romano, che le dimostrazioni di volontà degl' impuberi minori di anni quattordici, ma maggiori di sette sono valide quando ne risulti per essi un vantaggio: per-

chè mai non si ammetterebbe la stessa cosa appresso noi, invece di lasciare al magistrato la facoltà di decidere arbitrariamente della validità dell' atto nell' interesse del minore, sotto pretesto che si tratti di una quistione di consenso, e non soltanto di capacità?

Nel caso in cui taluno abbia contrattato con un individuo interdetto per demenza, sarebbe mai ammesso ad allegare che era effettivamente privo della di lui ragione all' istante del contratto, ed in conseguenza che non potè dare un valido consenso? Sarebbe rigettato in forma di mezzo d' inammessibilità (art. 1125 c. c.=*1079 ll. cc.*); dunque dev' essere lo stesso allorchè abbia egli contrattato con un minore, purchè questo minore abbia passato l' età in cui diversi legislatori attribuirono effetti alla manifestazione della di lui volontà, cioè anni sette; giacchè se fosse al di sotto di quest' età, chi avesse fatto seco un atto sarebbe naturalmente presunto di averlo fatto *jocandi causa*, anzichè da senno.

279. Soltanto *nei casi preveduti dalla legge*, abbiam detto, l' art. 1125 c. c. permette ai minori d' impugnar le loro obbligazioni; ma quali son mai siffatti casi? È questo, bisogna confessarlo, uno de' punti più oscuri del Codice.

L' art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.* dispone: « La « semplice lesione dà luogo alla rescissione in fa« vore del minore non emancipato contra qualun« que sorta di convenzioni; ed in favore del mi« nore emancipato, contra tutte le convenzioni che

« oltrepassano i limiti della sua capacità, siccome
« è determinato nel titolo *della minore età, del-*
« *la tutela e dell' emancipazione.*

L' art. 1306 c. c. = *1260 ll. cc.* soggiunge in modo generale che « il minore non può restituir-
« si in intero per causa di lesione, quando que-
« sta derivi soltanto da un avvenimento casuale e
« non preveduto. »

È evidente che la rescissione ha qui per fondamento la lesione; che non è dessa una nullità di dritto, come quella che vien pronunciata dall' art. 502 c. c. = *425 ll. cc.* riguardo agli atti formati da un interdetto, dopo la sentenza d' interdizione; giacchè sarebbe inutile di parlare di lesione, di farne una condizione della rescissione dell' atto, laddove questo atto fosse annullabile per incapacità, poichè la nullità produrrebbe lo stesso effetto pel minore, e gli schiuderebbe anche una via più semplice per far sopprimere l' atto.

280. Ma di quali atti si vuol mai parlare, e da chi quelli i quali riguardano minori non emancipati dovettero essersi stipulati perchè sieno soltanto soggetti a rescissione?

Taluni pretendono che questo art. 1305 c. c. non disponga su gli atti che il minore non emancipato abbia egli stesso fatto, ma soltanto su quelli che abbia fatto il suo tutore, e su quelli che abbia fatto con l' autorizzazione del tutore, e nei quali sia stato leso; che riguardo a quelli che abbia fatto senza essere autorizzato sieno nulli *mero jure*,

senza che siavi bisogno di stabilir la lesione per farli annullare.

Così, dice Toullier (1), il quale spiega il detto art. 1305 colle regole del dritto romano, e la cui dottrina su questo punto ci sembra troppo assoluto, se il minore sotto tutela abbia formato un atto senza l'autorizzazione del suo tutore, questo atto è nullo *mero jure*; ma se sia stato autorizzato, l'atto è soltanto soggetto a rescissione per causa di lesione, in virtù dell'art. 1305. Il minore, egli dice, si assimila alla donna maritata: allorchè costèi contratti senza essere autorizzata, il suo atto è nullo; e per la medesima ragione, allorchè il minore stipuli senza l'autorizzazione del tutore, l'atto che fa è similmente nullo.

L'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* dà espressamente ai minori l'azione per *nullità* o l'azione per rescissione, e l'art. 131 c. c.=*1265 ll. cc.* prevede il caso in cui il minore abbia l'una o l'altra azione, dicendo: « Il minore non è più ammesso « ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua « minore età, quando divenuto maggiore l'ha ra- « tificata, sia che tale obbligazione fosse *nulla* « *nella sua forma*, sia che fosse soltanto *sogget-* « *ta a restituzione.* »

Or, soggiunge lo stesso autore, qual'è la forma richiesta per la validità delle obbligazioni del minore? *è senza dubbio l'autorizzazione del*

(1) Tomo VI, n. 105 e seguenti.

tutore. Dunque senza quest'autorizzazione l'obbligazione è *nulla nella sua forma*, e dà luogo all'azione per nullità. La medesima conseguenza si desume dall'art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.*, il quale dispone che « il minore, l'interdetto e la « donna maritata non possono impugnare per causa « d'incapacità le loro obbligazioni, all'infuori de' « casi preveduti dalla legge. » Or quali sono i casi in cui la legge permette alla donna d'impugnare le sue obbligazioni *per causa d'incapacità*? è quando abbia essa contrattato senza il concorso o il consenso di suo marito. Quali sono i casi in cui la legge permette al minore d'impugnare le sue obbligazioni *per causa d'incapacità*? è ugualmente quando abbia contrattato senza l'autorizzazione del suo tutore. La sola mancanza di autorizzazione rende nulli i contratti della donna, senza che abbia bisogno di provare che le sono onerosi. Avvien lo stesso del minore: in ciò la loro condizione è la stessa, diventando diversa allorchè sieno stati autorizzati. I loro contratti sono in verità ugualmente validi; ma a differenza di quelli della donna maritata, i contratti del minore possono essere rescissi per semplice lesione; art. 1305 c. c = *1259 ll. cc.* Al caso del minore autorizzato, come al caso in cui il tutore abbia contrattato pel minore, bisogna applicar la massima: *Minor non restituitur tamquam minor*, *sed tamquam lesus* (vale a dire la disposizione del detto art. 1305).

E siccome Proudhon aveva scritto nel suo *Corso*

di dritto francese, tomo II, pag. 284, « che le « obbligazioni del minore sono nulle ogniqual- « volta siensi violate le forme *specialmente* pre- « scritte riguardo ai minori, e che può soltanto « esservi luogo a rescissione nei negozii pei quali « la legge non istabilì alcuna formalità particolare « in ragione della minora età; » Toullier nota queste espressioni dicendo: « Si potrebbe indurre da questo « modo di esprimersi che l' omissione *della for-* « *malità generale dell' autorizzazione* non ba- « sterebbe per render nulle le obbligazioni de' mi- « nori, ma soltanto per sottoporle alla rescissione, « e che non vi sia nullità se non nei casi enume- « rati da Proudhon, vendite d' immobili, mutui « ec., pe' quali il Codice richiede forme speciali. « Se tale è il parer suo, non possiamo seguirlo, « e crediamo che l' omissione della *formalità ge-* « *nerale dell' autorizzazione basti nel dritto* « *francese come nel dritto romano*, per render « nulle *mero jure* le obbligazioni de' minori senza « ricorrere alla via straordinaria della restituzione « in intero o della rescissione. »

281. Dall' insieme di questo passo di Toullier, risulterebbe 1.° che l'art. 1305 c.c. = *1259 ll. cc.*, in quanto richiede la lesione perchè gli atti riguardanti minori non emancipati si possano rescindere, non si applicherebbe a quelli che questi minori avessero stipulato senza essere autorizzati dal lor tutore, giacchè, secondo il detto autore, tali atti sarebbero nulli *mero jure*, senza eccezione;

2.° Che questo articolo si applicherebbe indistintamente agli atti di essi minori formati coll' autorizzazione del tutore, e parimenti agli atti fatti da' tutori medesimi, allorchè nell'uno o l'altro caso i minori soffrissero una lesione, una semplice lesione.

Ed in vero per pretendere che gli atti stipulati da minori non emancipati sieno nulli di dritto, e non soltanto rescindibili per causa di lesione, si può trarre argomento dall' art. 509 c. c. = *432 ll. cc*, il quale prescrive che « l' interdetto è u- « guagliato al minore per ciò che riguarda la sua « persona ed i suoi beni; le leggi sopra la tutela « de' minori saranno applicabili alla tutela degl' in- « terdetti: » donde si potrebbe conchiudere che avvi similitudine d' incapacità fra il minore sottoposto a tutela e l' interdetto, il quale argomento darebbe gran peso alla dottrina di Toullier.

Ma primieramente risponderemmo che non al titolo dell' *interdizione* bisogna andare ad attingere le regole riguardanti la capacità o l' incapacità de' minori: il cennato art. 509 non vuol dir altro se non che riguardo alla cura della persona ed alla amministrazione de' beni dell' interdetto, vien questo uguagliato al minore; e tale è in fatti la conseguenza che questo medesimo articolo ne deduce dicendo, « che le leggi sulla *tutela* de' minori « saranno applicabili alla *tutela* degl' interdetti. » Ma non potè essere sua idea di stabilire una parità perfetta tra essi circa all' incapacità, poichè il

minore può maritarsi, fare un testamento, se abbia l' età richiesta, ed altri atti ancora, mentre che l' interdetto non lo può.

La massima dell' incapacità dell' uno e dell' altro non è la stessa. Nell' interdetto, essa riguarda la mancanza di ragione, reale o legalmente presunta; in vece che nel minore, riguarda soltanto la mancanza di prudenza e l' imperfezione del discernimento; e nella donna maritata non autorizzata, la sommissione che ella deve a suo marito. Dimostriamo in prima che l'art. 1305 c. c. = *1259, ll. cc.* non fu promulgato per gli atti stipulati da' tutori medesimi, e faremo vedere di poi che, se autorizza i minori a farsi restituire a causa di lesione, non lo è unicamente nella supposizione, come lo dice Toullier, di aver essi contrattato senza l' autorizzazione del loro tutore.

Secondo l' art. 450 c. c. = *373 ll. cc.*, il tutore ha cura della persona del minore, e *lo rappresenta in tutti gli atti civili*; amministra i di lui beni da buon padre di famiglia, ed è risponsabile di ogni danno ed interesse che potesse risultare da una cattiva amministrazione.

In verità i suoi poteri non sono illimitati, avendoli la legge circoscritti, col richiedere per taluni atti il consenso o l' autorizzazione di un consiglio di famiglia, e col volere anche in parecchi casi che la deliberazione di questo fosse omologata dal tribunale. Ma fuori tali restrizioni la massima che il tutore rappresenta il minore in ogni

atto civile esercita tutta la sua forza, ed in conseguenza gli atti formati da questo rappresentante sono obbligatorii pel minore, come lo sono ugualmente quelli pe' quali la legge prescrisse talune formalità se queste medesime formalità siene state adempite; art. 1314 c. c. = *1268 ll. cc.* (1).

E prevedendo che il tutore potrebbe compromettere gl' interessi del minore con certi atti di amministrazione, i quali non potettero tutti esser preveduti dalla legge, lo rende risponsabile, se avvi luogo, de' danni ed interessi del minore. Soltanto per gli atti che giudicò più importanti e nei quali gl' interessi di costui potrebbero essere più facilmente in pericolo, stabilì essa speciali formalità.

I compilatori del Codice vollero evidentemente allontanarsi dal sistema del dritto romano, a cui si appiglia Toullier, e che ammetteva i minori a farsi restituire dagli atti regolarmente formati quando ne soffrivano un danno; sistema antivegente, poichè aveva per effetto d' isolare i minori dagli altri cittadini. Niuno osava contrattar con essi, anche osservando tutte le forme richieste: esclu-

(1) *V.* pure l' art. 1309 c. c. = *1263 ll. cc.* ed altri sopra casi analoghi; per esempio, la transazione regolarmente fatta è inimpugnabile *per causa di lesione:* giacchè l' art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.* non distingue tra il caso in cui essa riguardi un minore ed il caso in cui riguardi un maggiore, ed anche perciò, quando riguardi un minore, la legge richiede che sia fatta col parere di tre giureconsulti, previa deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale (art. 467 c. c. = *390 ll. cc.*), le quali precauzioni sarebbero effettivamente superflue, se il minore potesse ancora impugnare la transazione nel caso in cui non fosse a suo vantaggio.

devasi in tal modo la concorrenza, sempre sì vantaggiosa; e per un caso in cui la legge era favorevole ad un minore, in mille altre circostanze era contraria al ben inteso vantaggio de' minori in generale. In vece che nel nostro dritto allorchè le divisioni, le vendite d' immobili, le transazioni, le convenzioni matrimoniali e le donazioni fatte per contratto nuziale, i quali atti sono generalmente i più importanti, siensi fatte secondo le formalità e condizioni prescritte dalla legge, questi atti non possono essere impugnati dal minore per qualsivoglia pretesto, se non quando un maggiore stesso potrebbe impugnarli.

Se una eredità devoluta al minore sia stata regolarmente ripudiata in nome suo ed accettata da un' altra persona, il minore non può farsela restituire; art. 462 c. c. = *385 ll. cc.* (1).

Tutte le prescrizioni di breve durata (art. 2252 e 2278 c. c. = *2158 e 2184 ll. cc.*), anche quella dell' azione di rescissione per viltà del prezzo nella vendita d' immobili fatta da un maggiore (art. 1676 c. c.=*1522 ll. cc.*), e quella dell'azione di ricompra (art. 1663 c. c. = *1509 ll. cc.*), corrono contra i minori al pari che contra i maggiori, salvo il loro regresso contro il tutore. Il termine dell' appello nettampoco è sospeso durante la minore età, se la notificazione della sentenza siasi fatta al tutore ed al tutor surrogato; art. 444 c. pr. = *508 ll. pr. civ.* In somma generalmente i minori nel

(1) *V.* tomo III, n.°, 578, e tomo VI, n.° 506

nostro attual dritto non sono restituiti *de prætermissis*, come lo erano nel dritto romano (1): soltanto le lunghe prescrizioni non decorrono contro di essi (art. 2252 c. c. = *2158 ll. cc.*) ; e se in un giudizio i minori non emancipati o emancipati, poco importa, giacchè la legge non distingue, non sieno stati difesi o non lo furono validamente, possono provvedersi con ricorso per ritrattazione fra tre mesi dalla notificazione della sentenza, fatta dopo la loro età maggiore alla persona o al domicilio ; art. 481 e 484 c. pr. = *545 e 548 ll. pr. civ.* Ma ciò dipende dacchè allorquando il minore non vien difeso o non lo sia validamente, non è in realtà rappresentato ; allora è giusto che la sentenza sia rescissa, e non può trattarsi qui di nullità di dritto, giacchè i giudicati non potrebbero essere dichiarati nulli che con cognizione di causa. È questa dunque una rescissione o ritrattazione di sentenza, pronunciata sopra ricorso civile. Avverrebbe anche così, ancorchè le forme prescritte dalla legge sotto pena di nullità si fossero violate in una sentenza profferita tra maggiori : ugualmente per questa via procederebbe la parte lesa per far annullare la sentenza ; art. 480 *ibid.* = *544 ibid.*

282. Stante queste disposizioni stabilite riguardo ai minori, sarebbe supporre una gran contrarietà di mire nei compilatori de' nostri Codici, il credere

---

(1) L. 8, Cod. *de integ. restit. minor vigenti quinque.*

che abbiano inteso permettere a questi medesimi minori lo impugnare per causa di semplice lesione gli atti formati dai loro tutori nei limiti del lor ordinario potere; per esempio, gli affitti, le vendite di derrate, ec: ciò è del tutto improbabile, ovvero vi è discordanza ed anomalia nelle disposizioni della legge, e niuno vorrebbe contrattare coi tutori.

Ma non è così (1). Il tutore agisce nei limiti delle sue facoltà, ciocchè ha fatto dev' essere approvato dal minore, salvo il regresso contro di lui se abbia compromesso per sua colpa i di lui interessi, come lo dice espressamente l' art. 450 c. c. = *373 ll. cc.* in questi termini: « Rappresenta il mi- « nore in tutti gli atti civili, e sarà risponsabile di « ogni danno ed interesse che potesse risultare da « una cattiva amministrazione. »

Ma se al contrario abbia fatto atti che non aveva facoltà di far da sè solo, atti che non poteva fare se non adempiendo prima certe formalità che ha trascurate, per esempio una transazione, una vendita di stabili, senza un parere del consiglio di famiglia, questi atti non obbligano il minore, giacchè un tutore non è altro che un *mandatario legale,* ed è massima che quando un mandatario eccede i suoi poteri, ciocchè abbia fatto oltre di questo non obbliga il padrone verso i terzi; art. 1998 c. c. = *1870 ll. cc.*

In questo caso il minore non è obbligato di a-

---

(1) *V.* ciocchè fu detto nel tomo III, n.[i] 574 e 598.

★

gire per via di rescissione, per causa di lesione, e neanche per via di nullità ordinaria, come se fosse un atto emanato da lui: questo atto è a suo riguardo come se non esistesse finchè non l' abbia ratificato in tempo di capacità.

Ed a parer nostro, il minore non ha soltanto dieci anni dal giorno della sua età maggiore per distruggerne gli effetti, come se si trattasse di una vera azione per nullità o per rescissione; ma per ricuperare i beni consegnati o abbandonati in esecuzione di tale atto ah tutto il tempo che bisognerebbe all'altra parte o a' terzi per acquistarne la proprietà a lor favore col mezzo della prescrizione. E se mai gli si opponga l' atto, lo rigetta come essendo fatto da un estraneo, giacchè in effetti allorchè il tutore non procede come tutore, trascurando le condizioni del suo mandato, è realmente un estraneo, i cui atti in conseguenza non obbligano il proprietario: *Quando ea quæ ab eo gesta sunt qui legitimi administratoris personam sustinere non potuit, ipso jure irrita sunt;* l. 4, ff. *in quib. causis in integ. restit. necessaria non est.* Or il termine di anni dieci non è stabilito riguardo ad atti formati sui miei beni da un terzo, senza mandato da parte mia o della legge o del magistrato: io ho allora il termine ordinario stabilito per la durata dell' azione di rivendicazione, perchè non si tratta realmente di un' azione per rescissione o per nullità propriamente detta.

283. Ora riferendosi agli art. 1304 e seguenti

c. c. = *1258 ll. cc.*, si rimarrà convinto che la legge, nell'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*, non suppone che l'atto siasi formato dal tutore, ma al contrario che lo sia stato dallo stesso minore.

Quindi nell'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* è detto: Il tempo non corre.... riguardo agli *atti fatti dai minori.*, ec. Nel cennato art. 1305 parlasi delle convenzioni fatte dalle due classi de' minori, non emancipati ed emancipati, ed altra differenza non si stabilisce fra essi, *riguardante la rescissione per causa di lesione*, se non che essa ha luogo in vantaggio del minore non emancipato in ogni specie di convenzione, ed in vantaggio del minore emancipato, in quelle soltanto che eccedono i limiti della sua capacità, come vien determinata nel titolo *della minore età*, *della tutela* e *dell'emancipazione* (1).

L'art. 1307 c. c. = *1261 ll. cc.* prescrive che la semplice dichiarazione di età maggiore *fatta dal minore*, non forma ostacolo alla sua restituzione. Or questo articolo si riferisce in chiaro modo ai precedenti, ed è evidente che il minore stesso è quello che ha contrattato, che ha parlato nel contratto, e che non vi ha anche parlato con l'autorizzazione di un tutore, giacchè non avrebbe

---

(1) Si può mai trovare cosa più chiara e più atta ad escludere la sopposizione di essersi voluto in questo articolo disporre sopra atti fatti dai tutori, poichè i minori emancipati non hanno tutori e sono nondimeno compresi nella medesima disposizione, come i minori non emancipati?

avuto nè motivo, nè pretesto di dichiarare che era maggiore.

Vengono di poi gli art. 1308, 1309, 1310 e 1311 c. c. = *1262, 1263 1264 e 1265 ll. cc.*, i quali dispongono tutti ugualmente nella supposizione di aver contrattato il minore e non già il suo tutore.

Quindi indubitatamente l'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.* dispone riguardo agli atti fatti dai minori, emancipati o non emancipati, e non riguardo a quelli fatti dai tutori; e per questo rapporto almeno l'opinione di Toullier che applica tale articolo agli atti fatti dagli stessi tutori (come a quella dai minori con l'autorizzazione del tutore), è erronea. E lo è anche doppiamente, in quantochè il detto autore non distingue le diverse specie di atti fatti dal tutore, richiedendo in modo generale che il minore in questo caso sia leso dall'atto perchè possa farlo annullare; mentrechè è incontrastabile che se si trattasse di un atto pel quale la legge prescrisse l'osservanza di talune formalità, per esempio il parere del consiglio di famiglia, tale atto sarebbe *nullo*, se il tutore avesse trascurato queste medesime formalità: non vi sarebbe bisogno pel minore di allegare o di provare alcuna lesione; soltanto dovrebbe restituire all' altra parte ciocchè questa avesse pagato, e che giustificasse di essere ridondato a vantaggio del minore; art. 1312 c. c. = *1266 ll. cc.*

284. Ma almeno l'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*

deve mai intendersi, come l' intende pure Toullier, degli atti formati dal minore coll' autorizzazione del tutore, in modo che, fuori quest' autorizzazione, l' atto sarebbe nullo *mero jure*, qualunque esso fosse, quando anche consistesse in un semplice affitto, e sarebbe rescindibile per causa di lesione se il minore fosse stato leso dall'atto? In somma questo articolo deve mai intendersi secondo le regole del dritto romano, come le abbiamo sommariamente rimembrate più sopra?

Nel nostro dritto, il tutore è quello che agisce pel minore; egli lo rappresenta in virtù di atti civili, mentrechè nel dritto romano il minore maggiore di anni sette agiva egli stesso senza l'autorità del suo tutore o curatore, se glien' era stato assegnato. Quindi le regole son diverse, e se i compilatori del Codice avessero inteso di trasportare nel nostro dritto la formalità dell' autorizzazione dei tutori per gli atti de' minori, non avrebbero mancato di parlarne come lo fecero riguado a quella del marito per gli atti della moglie, e dell' assistenza del curatore o del consulente giudiziario per gli atti del minore emancipato o del prodigo (nei casi in cui è richiesto); in vece che non ne dissero una parola sì nel titolo della *tutela*, che in quello *de' contratti o obbligazioni convenzionali in generale.* Essi suppongono sempre o che il tutore contratti egli stesso (art. 450 c. c. = *373 ll. cc.*), o che il minore lo faccia da sé solo (art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*); e se parlano

talvolta di *autorizzazione* (art. 160, 1095, 1309 e 1398 c. c. = *174*, *1049* , *1263 e 1352 ll* cc.) è di quella de' parenti , e non di quella de' tutori.

Pur tuttavolta non vogliam dire con ciò che se di fatto il tutore abbia autorizzato il minore a fare un atto, quest' autorizzazione debbe sempre considerarsi come inutile : al contrario avrà effetto nel senso che quando si tratterà di un atto che il tutore poteva fare da sè solo senza l' adempimento di speciali formalità, come un affitto, questo atto si reputerà di essersi fatto dal tutore medesimo, il quale si appropria in simil caso ciocchè fa il minore, e ne diventa risponsabile. In conseguenza l'atto sarà non solo valido in sè, ma anche inimpugnabile per causa di lesione.

Che se il tutore stesso non avesse potuto far l' atto senza osservare talune speciali formalità, allora la sua autorizzazione è senza effetto : egli è come se il minore avesse contrattato da sè solo. Imperocchè il tutore non può conferirgli un potere ch' ei medesimo non ha. Le regole del dritto romano su questa materia presentano dunque una guida poco sicura.

285. Per restringere l'applicazione dell' art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.* agli atti stipulati dal minore con l' autorizzazione del tutore ed a quelli formati dai tutori medesimi ed in cui il minore sia stato leso, dicesi che l' art. 1311 c. c. = *1265 ll. cc.* suppone che un atto fatto da un minore possa esser nullo nella sua forma , e soggetto a restituzione

per causa di lesione: « Egli (il minore) non è « più ammesso ad impugnare l' obbligazione sot- « toscritta nella sua minor età, quando divenuto « maggiore l' ha ratificata, sia che tale obbligazione « *fosse nulla nella sua forma*, sia che fosse « soltanto soggetta a restituzione. » Dunque, dicesi, l'atto nullo nella sua forma è quello stipulato dal minore *senza l' autorizzazione del suo tutore*, e l' atto rescindibile per lesione è quello che fu fatto con questa formalità, ma nel quale il minore sia stato leso.

Rispondemmo già a questa obbiezione nel tomo III, n.o 574, dicendo che effettivamente un atto stipulato da un minore, senza ciocchè chiamasi autorizzazione del tutore, o da un minore emancipato non assistito dal suo curatore, *può esser nullo nella sua forma*, come quello che fosse formato da un maggiore; ma non avvi necessità di supporre a tal uopo che questo atto sia nullo nella sua forma unicamente perchè non fu fatto con l'autorizzazione del tutore. Per esempio, sarà nullo nella *sua forma*, se sia un atto autentico e le disposizioni della legge del 25 ventoso anno II, prescritte sotto pena di nullità, non sieno state tutte osservate; sarà nullo pure nella *sua forma*, se sia un atto in iscrittura privata contenente convenzioni sinallagmatiche, il quale non sia stato fatto in altrettanti originali per quante erano le parti aventi un interesse distinto, o se non siasi fatta menzione del numero di originali che si son

formati (art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.*); o ancora nel caso in cui fosse un biglietto o una semplice promessa, che non sia stato scritto per intero di pugno del minore, se questa promessa non contenga un *buono*, o un *approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa promessa; art. 1326 c. c. = *1280 ll. cc.* In questi casi, ed in molti altri, l'atto sarà effettivamente *nullo nella sua forma*: potrà pure essere soggetto a rescissione per causa di lesione, e se il minore lo ratifichi nell'età maggiore, sarà d'allora in poi inimpugnabile.

Altronde bisognerebbe dir puranche nella dottrina che noi confutiamo, che gli atti del minore emancipato i quali eccedono i limiti della sua capacità, come è determinata nel capitolo dell'*emancipazione*, sono similmente tutti nulli nella loro forma, per non essere stati fatti con le formalità richieste: or precisamente il detto art. 1305 li dichiara semplicemente soggetti a rescissione per causa di lesione . . . . .; lo che distrugge del tutto la interpetrazione di Toullier.

E se, nell'ipotesi in cui l'atto si fosse stipulato qualche mese dopo, non si avrebbe potuto dire ch'era nullo nella sua forma, è chiaro, qualora si pretenda di esser nullo nella sua forma perchè fu stipulato taluni mesi prima, che ciò avviene perchè fu stipulato da un minore; allora peraltro non è più una quistione di forma d'atto, ma soltanto una quistione di capacità di persona.

Quindi questa supposizione che l'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*, per quanto riguarda gli atti de' minori non emancipati, di cui autorizza la rescissione per causa di semplice lesione, intenda necessariamente parlare degli atti formati dai minori con l'autorizzazione del loro tutore, o dai tutori medesimi; questa supposizione, diciamo, è arbitraria e non vien sostenuta da alcuna disposizione del Codice, ma anzi è chiaramente esclusa da tutti gli altri articoli che appartengono alla medesima sezione, e soprattutto in perentorio modo dagli art. 1307 e 1308 c. c. = *1261 e 1262 ll. cc.* confrontati coi precedenti.

286. Ma da un'altra banda il titolo *della minore età, della tutela e dell' emancipazione*, contiene espresse e precise disposizioni per vietare, senza l'adempimento delle formalità da esse indicate, l'alienazione degli stabili, le transazioni, i mutui, l'accettazione o la rinunzia delle eredità, ec., e queste disposizioni son quasi comuni agli stessi minori emancipati; art. 484 c. c. = *407 ll. cc.* Talchè il confronto dell'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.* il quale sembra richiedere che i minori, indistintamente, sieno stati lesi per poter impugnare i loro atti, con queste medesime disposizioni, che non richiedono tale condizione, fa nascere molte oscurità nel complesso della legge su questa materia.

Avevamo da prima creduto (1) che il detto art.

(1) Nel nostro *Trattato de' contratti*, ec., tomo I, cap. II, sez. 2, §. 1.

1305 fosse la sola regola da seguirsi allorchè aveva contrattato il minore stesso, emancipato o pur no, e che, qualunque fosse l'atto ch' egli avesse fatto, non potesse esservi luogo che alla rescissione, e soltanto ancora nel caso di lesione. Eravamo determinati soprattutto dalla considerazione che questo articolo lo dice positivamente riguardo agli atti fatti da minori emancipati, *che eccedono i limiti della loro capacità*, come è determinato dal titolo *della minore età, della tutela e dell'emancipazione*, senza che questo articolo faccia alcuna distinzione fra tali atti, sembrando in conseguenza comprendere anche le alienazioni di stabili ed altre convenzioni per le quali la legge prescrisse tuttavolta speciali formalità.

Noi consideriamo queste formalità, circa agli atti che interessano minori non emancipati, come stabilite per determinare il modo di amministrazione de' tutori, affinchè i terzi possano trattar con essi in sicurezza, ma pure affinchè gl' interessi de' minori, per questo stesso motivo, non fossero posti a repentaglio. Soltanto ammettiamo che nelle vendite d' immobili, nei mutui ec., il minore era presunto leso stante l' inosservanza delle formalità prescritte; ma che questa presunzione poteva essere distrutta dalla pruova somministrata dall'altra parte, che il minore al contrario non era stato leso dall' atto, e che se egli ne dimandava ora l' annullamento, era perchè questo atto aveva cessato di essergli vantaggioso per effetto di avvenimenti casua-

li ed impreveduti, pe' quali la legge non lo restituisce; art. 1307 c. c. = *1261 ll. cc.*

Laonde ci sembrava che, qualunque fosse la natura dell' atto fatto dal minore, il legislatore avea fatto abbastanza per lui restituendolo in intero per causa di semplice lesione; che quante volte era riconosciuto in fatto di non esservi stata lesione con l'atto medesimo, e di aver fatto il minore ciocchè avrebbe fatto il più prudente e sperimentato maggiore, non eravi alcun ragionevole motivo per ammetterlo a far annullare il suo atto *per causa di minore età.* Imperocchè la regola della sua incapacità è basata soltanto sulla supposizione della sua imprudenza, della sua leggerezza e della sua mancanza di esperienza: or quanto il fatto smentisce questa supposizione, diciam noi, perchè mai restituire il minore anzichè un maggiore? Se egli chiede ora di esserlo, è perchè avvenimenti posteriori ed impreveduti hanno renduta svantaggiosa una convenzione la quale fin da principio gli era al contrario utile; ciò è riconosciuto in fatto, ed appunto in questa supposizione noi ragioniamo: or la legge pone essa medesima per massima, che « il « minore (indistintamente) non può restituirsi « in intero per causa di lesione, quando questa « deriva soltanto da un avvenimento casuale e non « preveduto . . . . . »

Lo stesso dritto romano, sì favorevole ai minori non accordava loro la restituzione in intero allorchè la lesione non risultava dall' atto, ma da un avve-

nimento fortuito. Vero è che annullava *ipso jure* gli atti i quali non erano fatti secondo le formalità e condizioni prescritte, ma il nostro art. 1305 non ammette se non la rescissione per causa di lesione, in ogni qualsivoglia convenzione de' minori non emancipati, ed in tutte le convenzioni de' minori emancipati che eccedano i limiti della lora capacità, quale vien essa determinata dal titolo *della minore età, della tutela e dell' emancipazione.*

Nonpertanto la nostra teorica su questo punto sembrò arrischiata ad alcuni di animo buono: essi credettero essere molto dubbioso che i compilatori del Codice abbiano inteso sottomettere soltanto alla rescissione per causa di lesione quegli atti formati dai minori, che i tutori medesimi non potrebbero fare senza il parere di un consiglio di famiglia ed altre formalità. Non parve loro che il minore emancipato avesse una capacità più estesa dei poteri affidati dalla legge al suo tutore; ed in questi atti il minore emancipato è in generale assimilato al minore non emancipato; art. 484 c. c. = *407 ll. cc.*

Riflettendo più maturamente, abbiamo infatti creduto di dover modificare la nostra opinione su questo punto particolare. Abbiam temuto che perseverando in una teorica la quale ci era sembrata perfettamente ragionevole, fossimo stati ancor noi troppo lungi in senso opposto, ed avessimo così trasgredita la vera idea de' compilatori del Codice, la quale non si trova soltanto in questo art. 1305, ma eziandio nelle differenti disposizioni del titolo *della*

minore età, della tutela e dell' emancipazione.

287. Stante ciò, crediamo che per tutti gli atti che il tutore non avrebbe potuto fare da sè stesso senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia o altre formalità, se il minore gli abbia fatti, anche coll'autorizzazione del tutore, sono nulli, cioè annullabili, senza che il minore abbia bisogno di giustificare una lesione qualunque, quando pure l'altra parte provasse che l'atto nel principio non era svantaggioso al minore; salvo a costui a restituire ciocchè abbia ricevuto, e che l'altra parte provasse di essere ridondato a suo favore, in conformità dell'art. 1312 c. c. = *1266 ll. cc.*

Per esempio, se si tratti di uno stabile venduto dal minore, anche a buon prezzo, ch'egli seppe utilmente impiegare, o pagando debiti legittimi, o comprando una cosa ch'eragli necessaria, questo immobile non sarà stato *alienato*; ne sarà rimasta la proprietà in mano del minore, *cum senatus consulti auctoritas, retento dominio, alienandi viam obstruxerit*; l. 11 Cod. *de prædiis et aliis reb. sine decreto non alien.*; art. 457 c. c. = *380 ll. cc.*

In ciò ci uniformiamo al parere di Proudhon. Ma quando si tratterà di un semplice atto, pel quale la legge non prescrisse alcuna speciale formalità, non siam di parere, come Toullier, che questo atto sia nullo *mero jure* sol perchè non fu fatto coll'autorizzazione del tutore. Crediamo che sia soltanto rescindibile per causa di lesione, se il

minore ne abbia sofferto un danno sin da principio, o per diretta conseguenza. È questo il caso di applicare l'art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*, ovvero bisogna cancellarlo dal Codice; giacchè volere che sia stato promulgato per gli atti fatti dai tutori e per gli atti de' minori autorizzati dal lor tutore, è una pura immaginazione, rigettata da tutte le disposizioni della sezione sotto la quale si trova situato, coma più sopra dimostrammo.

E si applicherebbe pure questo articolo agli atti che il minore emancipato poteva fare coll'assistenza del suo curatore, ma che fece senza tale assistenza e nei quali fu leso.

Circa a quelli ch' era capace di far da sè solo, perchè appartenevano all' amministrazione de' beni, come un affitto ordinario, ec., il minore emancipato non potrebbe essere restituito se non quando un maggiore lo sarebbe esso medesimo; art. 481 c. c. = *404 ll. cc.*

In fine per quelli che non potevano esser fatti se non previa autorizzazione del consiglio di famiglia, omologato o pur no, e che il minore stipulò senz' adempiere a tali formalità, vi sarebbe luogo alla nullità come se il minore non fosse stato emancipato, poichè circa a questi atti il minore emancipato è al pari incapace del minore sotto tutela; art. 484 ed anche 1305 c. c. = *407 e 1259 ll. cc.*

Crediamo che in tal modo si possa convenientemente applicare questo art. 1305, combinandolo con le altre più speciali disposizioni del Codice.

288. Del resto nei casi di restituzione per causa di lesione, bisogna che il danno sia di qualche importanza, giacchè *de minimis non curat prætor*. È questo un punto rimesso alla saviezza del magistrato, il quale deve prendere in considerazione non solo la natura della convenzione, ma anche le sostanze del minore e la buona o mala fede delle persone che contrattarono seco lui; art. 485 c. c. = *408 ll. cc.*, per argomento. La legge tuttavia si contenta di una *semplice* lesione (art. 1305 c. c. = *1259 ll. cc.*), e convien osservare che quantunque un minore non dovesse essere restituito a motivo di un atto da lui stipulato, purchè questo atto non gli cagionasse per sè stesso alcuna lesione, nondimeno potrà esserlo contra il pagamento che gli sarà stato fatto in esecuzione di tal medesimo atto, soprattutto quando consisterà in danaro o altre cose mobili, attesochè il danaro sborsato ad un minore è facilmente presunto dato *perdituro*, salvo all'altra parte a provare il buon impiego.

289. E nei casi in cui risulterà lesione, il minore non sarà escluso con un mezzo d'inammessibilità desunto dacchè avesse semplicemente dichiarato (anche con menzione nell' atto) di essere maggiore; art. 1307 c. c. = *1261 ll. cc.*

In fatti non sarebbe maggiormente difficile a chi contrattasse con un minore, supponendo anche che quest'ultimo non fosse di proprio moto indotto a dichiarare ch' è maggiore, lo esigere la dichiarazione di età maggiore, di quel che gli sarebbe difficile di spingere il minore a contrattare. La mede-

sima leggerezza che trarrebbe il minore a contrattare, lo trarrebbe egualmente a dichiarare ch'è maggiore, ed il soccorso della legge gli diventerebbe per lo più inutile.

La Corte di cassazione, sezione criminale, con arresto del 12 marzo 1807 (1) cassò una decisione la quale aveva condannato come colpevole di scrocco un minore che si era *dichiarato maggiore* in un atto: non eravi nella causa che la semplice dichiarazione di età maggiore. Laonde la Corte suprema opinò che, siccome a tenore dell'art. 1307 c. c.=*1261 ll. cc.* questa dichiarazione non osta alla restituzione del minore contra la sua obbligazione, vi sarebbe rigore ed incoerenza nel tempo stesso in applicargli la disposizione dell'art. 405 c. pen.= *430 ll. pen.* stabilita contra lo scrocco.

Nel dritto romano la semplice menzognera dichiarazione di età maggiore, di cui il creditore ignorava la falsità, era un ostacolo alla restituzione del minore che l'aveva fatta; l. 2, Cod. *si minor se majorem dixerit.*

Avveniva altrimenti quando il creditore non era stato ingannato a tal riguardo, sapendo l'età del minore; l. 32, ff. *de minorib. viginti quinque annis.*

Se il minore, ingannato anch'esso da un erroneo atto di nascita abbia prodotto questo atto contrattando, potrà pure esserne restituito se sia stato leso, benchè non si possa in tal caso apporre alcuna im-

---

(1) Riferito nel *Repertorio* di Merlin alla parola *Scrocco*, n.° 9.

prudenza al creditore. Tanto prescrive la l. 1.ª, Cod. *si minor se majorem dixerit*, il cui dettame dovrebbe seguirsi vigente il Codice.

Ma se il minore non si fosse limitato ad una semplice dichiarazione di età maggiore, se avesse usato rigiri per persuadere l'altra parte di essere maggiore: se, per esempio, avesse prodotto l'atto di nascita di un suo fratello, sapendo di non essere il proprio, allora non sarebbe restituito, giacchè la legge presta il suo sostegno alla debolezza soltanto e non già alla frode: *enim errantibus, non fallentibus, minoribus jura publica subveniunt.* Sarebbe anche generalmente soggetto alle pene stabilite contro gli scrocchi; art. 405 c. pen. = *430 ll. pen.*

290. È altronde massima generale sancita dal Codice che il minore non può essere restituito contra le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi delitto; art. 1310 c. c. = *1264 ll. cc.*

291. Ed il minore negoziante, banchiere o artigiano non può restituirsi in intero contro le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio o della sua arte (1); art. 1308 c. c. = *1262 ll. cc.*

292. Il minore nettampoco può restituirsi in intero contra le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state fatte coll'approvazione e l'assistenza di coloro, il consenso de' quali è necessario per render valido il matrimonio (2); art. 1309 c. c. = *1263 ll. cc.*

(1) *V.* tomo III, n.° 699 e seguenti.

(2) *V.* tomo VIII, n.° 182 e seguenti, e tomo IX, n.° 765.

293. E quando si sono osservate le formalità richieste riguardo ai minori o agl'interdetti, sia nell'alienazione degl'immobili (a), sia in una divisione di eredità, essi sono considerati relativamente a questi atti come se gli avessero fatti nella maggiore età o prima della interdizione; art. 1314 c. c. = *1268 ll. cc.*

Allorchè tratteremo dell'azione per nullità o per rescissione, dovremo ancor fare alcune osservazioni per riguardo agli atti de' minori: ciocchè abbiam detto basta per ora.

294. I maggiori non sono restituiti per causa di lesione se non ne' casi e sotto le condizioni espresse nel Codice; art. 1313 c. c. = *1267 ll. cc. V.* sopra n.° 200 e seguenti.

(a) Appresso noi, giusta l'art. 452 delle leggi civili, le partite iscritte sul debito pubblico, comunque appartenenti a' minori, interdetti, o minori emancipati, o provveduti di amministratore provvisorio, possono sino a ducati venti alienarsi o pure immobilizzarsi in favore di terzi col consenso del tutore, amministratore provvisorio, curatore, o del padre anche durante il matrimonio. Per le somme eccedenti i ducati venti si deve seguire la regola dell'alienazione dei beni immobili, giusta gli art. 380 e 381 delle dette leggi civili.

L'alienazione o la immobilizzazione delle dette partite iscritte appartenenti ad individuo provveduto di consulente giudiziario, non potrà praticarsi che a norma dell'art. 436 delle citate leggi civili: *Decreti dei 23 marzo 1833 e dei 27 febbraio 1836.*

Si veggano i numeri 554 e seguenti del terzo volume. Trad.

SEZIONE III.

Dell' oggetto e della materia delle convenzioni.

SOMMARIO.

295. *Il contratto può avere per oggetto di dare, di fare e di non fare una cosa, o il semplice uso o il semplice possesso di una cosa.*

296. *La semplice custodia di una cosa può anche esser l' oggetto del contratto.*

297. *Che mai comporti l' obbligazione di* dare.

298. *Le cose che posson essere la materia di un contratto sono corporali o incorporali.*

299. *Il contratto può aver per oggetto cose future.*

300. *Quest' oggetto può anche non consistere che in una semplice speranza : allora il contratto è aleatorio. La vendita di un dritto ereditario è pure un contratto aleatorio.*

301. *Osservazioni sulla vendita de' frutti da nascere da un dato fondo.*

302. *L' obbligazione deve aver per oggetto una cosa determinata almeno circa alla sua specie.*

303. *Le sole cose che sono in commercio possono essere la materia delle convenzioni.*

304. *Le cose sono fuori commercio o per natura o per legge.*

305. *Esempio.*

306. *Continuazione.*

307. *Vi sono beni che in generale non si possono alienare durante un certo tempo.*

308. *Il Codice dichiara nulla la vendita della cosa altrui; avvertenze su questa disposizione, e rimessione.*

309. *Quando il venditore abbia ingannato scientemente il compratore vendendogli una cosa fuori commercio, è soggetto ad un' azione per danni ed interessi.*

310. *Non si può fare alcun contratto sulla successione di un uomo vivente, anche col suo consenso.*

311. *Taluni casi in cui si possono nondimeno far entrare nei contratti le successioni non aperte.*

312. *Specie giudicata dalla Corte di cassazione.*

313. *Altra specie.*

314. *Non posso interdirmi validamente la facoltà di testare.*

315. *Ma è valida la vendita della nuda proprietà de' miei beni.*

316. *I fatti che formano la materia di una convenzione debbono essere onesti, leciti e possibili.*

317. *Ma l' impossibilità relativa soltanto all' obbligato non vizia il contratto.*

318. *Nessuno può obbligare i proprii servigii fuorchè a tempo o per una determinata impresa.*

319. *La convenzione stabilita fra due padri di famiglia di congiungere in matrimonio i loro figli non è obbligatoria, anche quando vi fosse una clausola penale. Avvien lo stesso della convenzione di sposarsi fatta anche tra maggiori.*

320. *Continuazione e confutazione di talune obbiezioni.*

321. *Il rifiuto di eseguir la promessa può nondimeno dar luogo a danni ed interessi, a motivo delle spese che si trovassero di essersi così inutilmente fatte.*

322. *La stipulazione che io fo della mia propria cosa è nulla, anche quando la cosa cessasse di appartenermi.*

323. *Ma quando non ho che un dritto incompleto sulla cosa, o risolvibile, la stipulazione può avere effetto.*

295. Secondo la definizione de' contratti, chi si obbliga deve dare una cosa, o farla, ovvero non farla; art. 1101 e 1126 c. c. = *1055 e 1080 ll. cc.*

Nondimeno il semplice uso o il semplice possesso di una cosa può essere l'oggetto del contratto al pari della cosa stessa (art. 1127 c. c. = *1081 ll. cc.*); ed in tal caso la cosa dev'essere consegnata, ma non col medesimo effetto che nell'obbligazione di *dare*. Imperocchè in quest' ultima lo è con trasferimento della proprietà, mentrechè nella prima è una semplice tradizione della cosa, perchè il creditore ne goda durante il tempo convenuto tra le parti. Così, la vendita costituisce un'obbligazione di *dare*, mentrechè la locazione delle cose costituisce semplicemente un'obbligazione di *consegnare* e *far godere*.

296. La semplice custodia, *custodia*, può similmente esser l'oggetto del contratto, come nel deposito propriamente detto e nel sequestro, in cui questa custodia costituisce una semplice detenzione della cosa.

Nel comodato, nella locazione, il semplice *uso* è l'oggetto del contratto.

Nel pegno l'oggetto del contratto è il *possesso*; l. 35, §. 1, ff. *de pignorat. act.*, e l. 1, §. 15, ff. *de adquir. vel amitt. posses.* Per altro questo possesso non serve al creditore per prescrivere, ma serve a tal effetto al debitore che gli ha consegnato il pegno; medesima l. 1, detto §. 15.

297. Nelle obbligazioni di *dare*, diciam noi, il debitore deve in generale conferir la proprietà della cosa promessa, come lo dimostreremo in prosieguo; imperocchè qui la parola *dare* s'intende, come nel dritto romano, nel senso di *dare, idest accipientis facere*; §. *sic itaque*, 14, Instit. *de actionibus*. Ma parleremo nel capitolo seguente degli effetti delle diverse specie di obbligazioni.

298. Essendo le cose corporali o incorporali, secondo quanto fu spiegato nel tomo IV n.° 11, quella che una parte si obbliga di dare sussiste o materialmente o intellettualmente: materialmente, come il tal territorio, la tale casa, il tal cavallo; intellettualmente, come un dritto di servitù, di usufrutto, o l'obbligazione di pagare una somma, o un indeterminato cavallo.

299. Il contratto può anche non avere per oggetto

che cose le quali non sussistono ancora, ma che potranno sussistere, cose *future*, come i frutti da nascere dal tal fondo nella tale annata.

300. Siffatto oggetto può anche non consistere che in una semplice speranza, come il prodotto di un getto di rete, *jactus retis* (1), i vantaggi che potrei ritrarre dalla tale impresa, o dalla società che contrassi con Paolo. Questi contratti son detti *aleatorii*.

La vendita di un dritto ereditario o di una successione aperta, è similmente aleatoria ne' suoi effetti, nel senso che essendo il compratore obbligato, per la natura del contratto, a pagare i debiti della eredità, può avvenire che a lui non rimanga assolutamente cosa alcuna dopo il pagamento di questi medesimi debiti. Il venditore non gli garentisce che il suo titolo o la sua qualità di erede; art. 1696 c. c.=*1542 ll. cc.*

Potrebbe anche vendere la semplice *pretensione* che ha su questa eredità; *si qua hereditas est, tibi empta*. Ciò sarebbe un oggetto bastante pel contratto, abbenchè l'evento dimostrasse di poi che il venditore non aveva alcun dritto (2).

301. Nella vendita che io faccia de' frutti da nascere dal tale fondo, è necessario di fare qualche distinzione.

Se vendo il vino che raccoglierò quest'anno nella tale vigna, a tanto la botte, è chiaro che se non si

---

(1) L. 8, §. 1, ff. *de contrah. empt.*, e L. 12, ff. *de act. empt. et vend.*

(2) LL. 10 e 11, ff. *de hered. vend.*

fa vino per nulla in quest'anno per cagione della grandine, del gelo o di qualunque altro accidente di forza irresistibile, non avvi contratto per mancanza di oggetto.

Ma *quid juris* se vendo per un solo e medesimo prezzo, per esempio mediante mille franchi, gli agnelli che nasceranno dal mio gregge in questo anno, o il vino che produrrà questo anno la mia vigna, e non vi sia alcun prodotto per effetto di accidenti di forza irresistibile? Ho io forse acquistato il prezzo, oppure il contratto è nullo per mancanza di oggetto?

È chiaro che se mi fossi renduto garante pe' casi fortuiti, ne sarei tenuto; soltanto se i prodotti fossero mediocri a cagione della naturale sterilità dell' annata, senza straordinarii accidenti, il compratore sarebbe tenuto ad eseguire il contratto in tutto il suo tenore (1).

Ma mancando tale convenzione di garantia, importa di vedere ciocchè vollero fare le parti.

Così, se ho venduto come a cottimo il prodotto del mio gregge o della mia vigna di quest'anno, il contratto non sussiste meno quantunque il prodotto sia nullo. Io ho fatto un contratto meramente aleatorio; ho venduto la *speranza* del prodotto, *spes fructuum nasciturorum*, anzichè il prodotto medesimo.

Ma se ho venduto semplicemente gli agnelli che nasceranno dal mio gregge in quest'anno, o il vino

(1) L. 78, §. ult., ff. *de contrah. empt.*

che produrrà quest'anno la mia vigna mediante una data somma, non avvi vendita, secondo Voet (1), nel caso in cui nulla nascesse; e puossi soggiungere, nel caso puranche in cui non nascesse quasi nulla; imperocchè nell'ordine morale, nulla e quasi nulla sono la medesima cosa.

Nell'idea de' contraenti l'oggetto del contratto non fu una semplice speranza; questo contratto era aleatorio soltanto sotto il rapporto di maggiore o minor quantità di frutti: ma almeno dovevano esservene perchè vi fosse un oggetto. L'art. 1776 c.c. = *1622 ll. cc.* in materia di locazione somministra un grave argomento in favore dell'opinione di Voet, che è ancor quella di molti altri autori.

302. L'obbligazione debbe avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie; art. 1129 c. c. = *1083 ll. cc.*

Ma la quantità della cosa può essere incerta, purchè possa determinarsi; *ibid.*

Da ciò emerge che l'obbligazione di dare un cavallo, senza indicar quale, è validissima, perchè la cosa è determinata riguardo alla sua specie.

Ma la promessa di dare un animale, senza determinar l'individuo o la specie, non sarebbe valida, perchè il debitore non sarebbe tenuto a nulla o a quasi nulla, poichè potrebbe liberarsi consegnando il più vile insetto.

(1) *Ad Pandectas*, *tit. de contrah. empt.*, n.° 13, ove si esprime così: *Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus, nulli fructus nati fuerint, nec emptio substitura est; contra si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes empta esset.*

Sarebbe lo stesso se io stipulassi del grano, del vino, senz'altra indicazione, giacchè il debitore potrebbe non voler dare che un acino di grano o una stilla di vino: or quasi nulla nell'ordine morale essendo assomigliato a nulla, la stipulazione è inefficace; l. 94, ff. *de verb. oblig.*

Bisogna, come dice Pothier, che la promessa abbia *certam finitionem*. Quindi io stipulo validamente le legna che mi saran necessarie pel consumo di mia casa, o il grano che potrà bisognarmi in tutta la mia vita, o per tanto tempo. In questi casi la cosa è determinabilissima per relazione coi miei bisogni, i quali sono anch' essi facili a determinarsi. Se vi sia controversia sulla loro estensione, i tribunali la valuteranno.

303. Le sole cose che sono in commercio possono essere oggetto di convenzione; art. 1128 c. c. = *1082 ll. cc.*

Parimenti soltanto i fatti leciti, onesti e possibili possono essere l' oggetto de' contratti.

304. Le cose sono fuori commercio o per natura, o per legge.

Ciocchè non esiste, come un ippocentauro, o che cessò di esistere, come un quadro consumato dalle fiamme, non può formare l' oggetto di un contratto.

305. Se io stipulo un Nero libero, una chiesa ancor consacrata al culto divino (1), la stipulazione è nulla; §. 2, Instit. *de inutil. stipul.*

---

(1) Diciamo *ancor consacrata al culto divino*, giacchè se la destinazione della cosa fosse cangiata, come avvenne a moltissimi tem-

E non diverrebbe valida perchè la cosa potrebbe in appresso essere la materia di una convenzione; giacchè nulla fin dal principio, essa rimarrebbe tale. *Nec ad rem pertinet quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis, æstimari debet stipulatio;* l. 137, §. 6, ff. *de verb. oblig.*

306. Vi sono talune cose il cui commercio è vietato per causa di sicurezza pubblica, come i pugnali, i tromboni, le materie venefiche; o nell'interesse del buon costume, come le immagini licenziose, gli scritti contrarii alla decenza e alla morale; oppure nell'interesse de' privati, come i libelli o scritti diffamanti: queste cose si reputano fuori commercio, e non possono essere la materia di valida convenzione. *V.* gli art. 314, 287 e 477 cod. pen. = *150*, *313 e 465 ll. pen.*

Giusta i regolamenti, soltanto le persone che han qualità a tale effetto possono lecitamente fare il traffico delle droghe e medicamenti, e di molte cose che entrano nella loro composizione.

307. In taluni casi le leggi, per così dire, sottrassero dal commercio per un certo tempo taluni beni, dichiarandoli inalienabili per tutto quel tempo: tali sono gl'immobili costituiti in dote, sotto la regola dotale propriamente detta, i quali per massima

---

pii e chiese durante la rivoluzione, allora potrebbe essere la materia di un contratto. *V.* nel tomo IV, n.° 189, i beni che sono fuori commercio e che per conseguenza non sono suscettibili di privata proprietà.

sono inalienabili durante il matrimonio, e non possono alienarsi che in alcuni casi soltanto; art. 1554 e seguenti c. c. =*1367 ll. cc.*

I beni che compongono i maggiorati sono ugualmente inalienabili, per massima, finchè sussiste la caratteristica da cui sono affetti.

308. L'art. 1599 c. c. =*1444 ll. cc.* dice che « la vendita della cosa altrui è nulla; che può dar « luogo al risarcimento de' danni e degl' interessi, « quando il compratore abbia ignorato che la cosa « fosse d'altrui. »

Ciò posto, sembrerebbe che essa neanche dia luogo al risarcimento de' danni e degl' interessi a favore di colui il quale comprando sapeva che comprava la cosa altrui; ma sarebbe un errore il crederlo nel caso in cui il venditore vendè la cosa come di altri, obbligandosi pel proprietario che questi ratificherebbe la vendita, o garantendo espressamente il compratore dall' evizione (1), ed anche nel caso in cui una parte promise all' altra che il terzo proprietario gli venderebbe la di lui cosa, obbligandosi per lui: in questi casi l'art. 1120 c. c.=*1074 ll. cc.* è la regola da seguirsi, perchè la parte promise il fatto del terzo, e per conseguenza si sottopose a far indenne l'altra, se il terzo non volesse ratificare, come il dicemmo più sopra, n.° 218, citando in sostegno della nostra opinione un arresto di cassazione del 1.° maggio 1815.

—

(1) *V.* la l. 27, Cod. *de evict.*, e la l. 4, §. 5, ff. *de excep. doli mali.*

Del resto spiegheremo in appresso il vero senso dell' art. 1599 c. c. = *1444 ll. cc.* che dà luogo ad una importante quistione confrontato coll' art. 1653 c. c. = *1499 ll. cc.*

509. Quantunque la vendita di una cosa fuori commercio sia nulla, nondimeno se il venditore abbia ingannato il compratore, questi ha un' azione per danni ed interessi; §. 5, *Instit. de empt. et vendit.* Questo testo dà puranche al compratore l'azione di compra, *actio empti*, per ottenere i suoi danni e interessi, abbenchè il contratto sia nullo. Ma in vero piuttosto l'azione secondo il fatto, *actio in factum* è quella che ha luogo in tal caso.

510. Abbenchè le cose future possano formar l'oggetto di un contratto, nondimeno non può vendersi la successione di un uomo vivente (art. 1600 c. c. = *1445 ll. cc.*), nè rinunziarvisi, nè fare su tale successione alcuna stipulazione, anche col consenso di quello della cui eredità si trattasse; art. 791 e 1131 c. c. = *708 e 1085 ll. cc.*

Simili patti furon sempre creduti contrarii al buon costume e pericolosi. Possiamo riportarci a quanto fu detto su tal riguardo nel tomo VI, n. 475 e seguenti, ove riferiamo le regole dell' antica giurisprudenza su tal punto, nonchè quelle del dritto romano.

511. Possonsi tuttavia far entrare le successioni future nella comunione tra coniugi (art. 1526 c. c.); e farle entrar puranche nelle società ordinarie, ma in tal caso soltanto per le rendite o godimento; art. 1837 c. c. = *1709 ll. cc.*

Puossi inoltre disporre della propria successione con donazione fatta per contratto di matrimonio, a favore de' futuri sposi o di uno d'essi, e de' figli da nascere dal matrimonio, nel caso di premorienza dello sposo o degli sposi donatarii (art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*), nel senso che il donante non può più disporre a titolo gratuito de' beni donati; art. 1083 c. c. = *1039 ll. cc.*

La regola di non potersi fare alcun patto sulla successione futura, anche col consenso di quello della cui successione si tratta, soffre ancora alcune altre leggiere modificazioni, che furono da noi spiegate nel luogo di sopra citato.

312. E non devesi riguardare come una convenzione contraria all'art. 1130 c. c. = *1084 ll. cc.*, la clausola colla quale un padre o una madre, maritando un suo figlio, rinunzii in vantaggio di lui ai dritti eventuali contenuti nel suo contratto di matrimonio, e dipendenti dalla premorienza dell'altro coniuge.

Siffatta clausola neanche lede in alcun modo la regola della irrevocabilità e della inviolabilità delle convenzioni matrimoniali; anzi è eseguirle disponendo a vantaggio di un terzo di ciò che ne forma l'oggetto. Arresto della Corte di cassazione, sezione de' ricorsi, del 18 aprile 1812; *Sirey*, 1813, 1, 137.

313. Ma quando, anche per contratto di matrimonio, gli sposi o uno d'essi rinunzino al dritto di fare le donazioni autorizzate dalla legge, senza indicazione di una persona a cui vantaggio è fatta tale

rinunzia, allora la clausola non presenta che una semplice rinunzia, senza oggetto e senza motivo, della facoltà di disporre, che per conseguenza non può annoverarsi nella classe delle convenzioni obbligatorie. Arresto di rigetto del 31 luglio 1809; *Sirey*, 1809, 1, 408.

314. La convenzione colla quale m' interdicessi di fare un testamento sarebbe nulla e di niuno effetto; legge 25, Cod. *de pactis;* senza pregiudizio nondimeno di ciò che riguarda le istituzioni contrattuali, e rispetto tuttavia al coniuge istituito ed ai figli del matrimonio (1).

315. Circa alla vendita in nuda proprietà de' miei beni, o la vendita fatta con riserva di usufrutto (lo che si riduce allo stesso), non è essa vietata dal Codice, quantunque fosse della universalità del mio patrimonio; giacchè la legge non fa alcuna distinzione. Ma non può comprendere la nuda proprietà de' beni che mi spetteranno per successione (2), e non induce l' obbligazione di pagare i miei debiti; lo che distingue per conseguenza questa vendita da una vendita della mia eredità. E siccome non comprende la nuda proprietà se non de' beni che io posseggo attualmente, ne segue che neanche abbraccia i risparmii che potessi fare mediante il godimento che mi son riservato, nè i guadagni che potessi fare in altro modo.

---

(1) *V.* tomo IX, n. 655, 656 e 698.

(2) Ed anche per donazione o legato; argomento dell' art. 1837 c. c. = 1709 *ll. cc.*, secondo paragrafo.

316. I fatti che sono la materia di una convenzione debbono essere onesti, leciti e possibili, altrimenti la convenzione è nulla; art. 6 c. c. = *7 ll. cc.*

317. Ma l'impossibilità relativa soltanto a colui che si è obbligato non rende nulla la promessa: è sua colpa l'essersi obbligato a dare o a fare ciocchè eccedeva le sue facoltà, che doveva conoscere.

318. La libertà delle azioni è di dritto naturale, ed inalienabile; per cui nessuno può obbligare i suoi servigii fuorchè a tempo o per una determinata impresa; art. 1780 c. c. = *1626 ll. cc.*

E se per ignoranza della legge, o colla mira di eluderla, un uomo stipulasse con un altro che questi lo servirà per un tempo sì lungo, che tal tempo nell'ordine naturale delle cose assorbirebbe tutta la sua vita, la convenzione sarebbe nulla; ed ancorchè avesse ricevuto un principio di esecuzione, sarebbe sempre in arbitrio delle parti di rescinderla, ed anche senza danni ed interessi; non ne potrebbero esser dovuti se non per quanto fosse valida: or essa non lo sarebbe, poichè sarebbe illecita.

Se possono esser dovuti talune volte danni ed interessi per motivo di un contratto nullo, per esempio, come lo abbiam detto, per motivo della vendita di una cosa fuori commercio, allorchè il venditore ingannò il compratore vendendogli la cosa come essendo in commercio, è unicamente per riparare il danno sofferto dal compratore che fu ingannato; ma nel caso di sopra enunciato le due parti erano in colpa, e per conseguenza veruna di esse

può dimandare i danni ed interessi per riparazione di un danno a cui volle esporsi facendo una convenzione illecita, e cercando probabilmente con tal mezzo di eludere la legge.

319. Dalla massima che l'oggetto del contratto non deve ripugnare allo spirito della legge, si conchiuse sempre che la convenzione fatta tra due padri di famiglia di congiungere in matrimonio i loro figli non è obbligatoria in dritto, abbenchè sia pur questo favorito dalle leggi; ma egli è perchè debbe essere il risultato di un consenso libero e scevro da ogni coazione, tanto da parte de'genitori de'contraenti, quanto da parte de' contraenti medesimi. Or gli uni e gli altri si potrebbero trovar vincolati da una simile convenzione.

La clausola penale stipulata pel caso in cui una delle parti o uno de' figli non volesse acconsentire al matrimonio, sarebbe similmente nulla, come la convenzione principale; l. 134, *princip.* ff. *de verb. oblig.*; art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*

Poco importa che il legato o la donazione fatta a qualcuno, sotto la condizione di sposare una data persona, non abbia in generale effetto, se il legatario o il donatario ricusi di sottoporsi alla condizione (1); imperocchè, come il dicono le leggi romane, altro è invitar qualcuno a contrarre matrimonio imponendogli la condizione per raccogliere una donazione, un legato o una eredità; altro è che taluno si tolga, per

(1) *V.* tomo VIII, n.° 125 e seguenti.

timore di una pena, la libertà di contrarre matrimonio, o di contrarlo con un'altra persona: *Aliud est enim eligendi matrimonii pœna metu libertatem auferri, aliud matrimonium certa lege invitari*; l. 71, §. 1, ff. *de condit. et demonst.*

Laonde si è generalmente di accordo che simile convenzione, abbenchè accompagnata da una clausola penale, non sia obbligatoria, anche per la penale; ma rispetto alla convenzione di sposarsi, fatta tra persone maggiori di età, con clausola penale o *disdetta*, ovvero senza di essa, i pareri non sono unanimi.

320. Taluni pretendono essere un' obbligazione di *fare*, la quale deve dar luogo al risarcimento dei danni ed interessi in caso d'inesecuzione, attesochè il suo oggetto, il matrimonio, nulla ha d'illecito; ed allorchè il valore di questi danni ed interessi non è stabilito dalle parti, mediante una clausola penale o *disdetta*, i tribunali, secondo l' opinione di costoro, debbono estimarli in ragione delle circostanze, come sono obbligati a farlo in molti casi. In siffatta dottrina essi potrebbero deferire il giuramento all' attore, stabilendo una somma sino alla concorrente quantità della quale si potrebbe prestar fede, in conformità dell'art. 1369 c. c.=*1323 ll. cc.*

Ma fra coloro che sostennero tale opinione la maggior parte nondimeno inclina a credere che la promessa di matrimonio sia obbligatoria sol mediante una clausola penale o *disdetta* la quale clausola a creder loro ha effetto, perchè l' obbligazione principale

non ha cosa alcuna d'illecito, mentre la legge medesima invita al matrimonio.

Noi siamo di contrario parere: la convenzione principale non è obbligatoria; essa è opposta allo spirito della legge, perchè impedisce la libertà del matrimonio; per conseguenza la clausola penale è nulla come quella che si riferisce accessoriamente ad un'obbligazione nulla anch'essa; art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*

Indubitatamente è dessa un'obbligazione di *fare*, ed anche di fare una cosa lecita; però il matrimonio medesimo non dev'essere l'esecuzione di una obbligazione, ma l'effetto di una volontà interamente libera e scevra da ogni coazione nel momento in cui si contrae.

Se la clausola penale avesse effetto, la persona che vi si fosse soggettata non sarebbe assolutamente libera, come dev'esserlo, di contrarre o pur no il matrimonio. Il timore di perdere le proprie sostanze o una parte considerevole di esse, l'obbligherebbe ad acconsentire ad un matrimonio cui ora ripugna, ed in tal modo non contratterebbe che sotto l'impero di una violenza morale, che vizia i contratti come la violenza fisica; art. 1112 c. c.=*1066 ll. cc.* Una persona sotto l'impero delle seduzioni, nel disordine di una passione che la soggioga interamente sottoscriverebbe una clausola penale o *disdetta* che potrebbe assorbire le sue sostanze, giacchè le passioni non calcolano, ed essa si troverebbe così posta tra la necessità di contrarre un'unione da lei abborrita, ed il timore di essere rovinata per una temeraria promessa.

Ma una tale promessa, buona come intreccio dell'arte teatrale, è nulla in dritto.

521. Senza dubbio se sulla fede di una convenzione matrimoniale fatta tra due famiglie, o tra due persone, vi sieno state spese effettive, come regali di nozze, dispense ecclesiastiche per causa di parentela, spese di un convito preparato, ec. ec., quella parte che ha erogate tali spese debb'essere fatta indenne dall'altra che non vuol più celebrare il matrimonio; imperocchè essendo state fatte tali spese di comune consenso, espresso o tacito, e nel comune interesse, chi viola la convenzione deve far indenne l'altra parte o la sua famiglia, giusta la massima che ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcirlo; art. 1382 c. c.=*1336 ll. cc.* Ma sono questi i soli danni ed interessi dovuti, e non sembra che i tribunali, i quali ebbero di già parecchie volte occasione di pronunziare sopra tale quistione, ne abbiano aggiudicato più considerevoli (1).

Nondimeno la Corte di Colmar con sua decisione del 13 maggio 1818 (2), riformando una sentenza del tribunale di Strasburgo, aggiudicò ad una donna la quale, dopo il contratto di matrimonio stipulato innanzi notaro, senza clausola penale o *disdetta*, e dopo le due pubblicazioni, era stata abbando-

(1) *V.* l'arresto di rigetto del 21 dicembre 1814; *Sirey*, 1815, 1, 159; e la decisione della Corte di Metz del 18 giugno 1818; *Sirey*, 19, 2, 108.

(2) *Sirey*, 1818, 2, 268.

nata dal futuro sposo, la somma di 400 franchi di danni ed interessi, oltre le sue spese divenute inutili. L'attrice aveva conchiuso per 6,000 franchi di danni ed interessi. La Corte si determinò pel motivo che anticamente le donne ottenevano in simil caso una indennità a cagion del pregiudizio da esse sofferto per una tale separazione, ed abolitosi il divorzio, il matrimonio era stato ridotto a quel ch'era nelle antiche regole.

Non discuteremo tale motivo: sembra altronde, attesa la modicità de'danni ed interessi accordati dalla Corte in confronto di quelli che erano dimandati, che non fu di sì grande influenza sulla sua decisione.

522. Se io stipuli, per ignoranza o scientemente, la mia propria cosa, la stipulazione è nulla per mancanza di oggetto, *quia quod meum est, amplius meum fieri nequit.*

E non addiverrebbe valida per la circostanza che la cosa cessasse in prosieguo di appartenermi: nulla essa sin da principio, un avvenimento posteriore non può renderla valida: *quod ab initio vitiosum est, nullo tractu temporis convalescere potest.*

523. Ma allorchè il mio dritto sulla cosa sia imperfetto, ovvero soggetto a rescissione o a risoluzione, la stipulazione può avere effetto, in quanto che mi darà un dritto completo, se io l'abbia fatto con chi aveva anch'egli qualche dritto sulla cosa; oppure, se sia con un altro, in quanto che mi darà azione contra di lui, nel caso in cui il mio dritto cessasse. Tuttavolta in questa ultima ipotesi la riso-

luzione dipenderebbe dalle circostanze della causa: sarebbe applicabile soltanto al caso in cui la stipulazione della cosa altrui fatta scientemente è valida e può dar luogo ai danni ed interessi se non sia eseguita, e di cui demmo un esempio più sopra, n.° 308.

SEZIONE IV.

Della causa delle obbligazioni.

SOMMARIO.

324. *Ogni obbligazione deve avere una causa, ed una causa lecita.*

325. *I giureconsulti romani intesero in molti sensi la parola* causa.

326. *Non bisogna confondere il* motivo *particolare che potè indurre una parte a comprare o a vendere colla causa de' contratti: che cosa in generale debba intendersi per* causa.

327. *Nei contratti sinallagmatici, la causa dell' obbligazione di una delle parti è nell'oggetto dell' obbligazione dell' altra.*

328. *Così, il matrimonio porta con sè la causa del contratto.*

329. *Della causa dell' obbligazione nei contratti unilaterali.*

330. *Della causa nei quasi contratti.*

331. *I delitti e i quasi delitti sono cause di obbligazioni civili.*

332. *La risponsabilità cui è tenuta una persona rispetto alle azioni di un' altra persona, è ancora una causa di obbligazione per lei.*

333. *La pubblica utilità è la causa di un gran numero di obbligazioni.*

334. *La volontà di conferire un beneficio è una causa bastante dell' obbligazione che taluno s' impone, o di quella che impone al suo erede, purchè sieno state osservate le forme prescritte.*

335. *Molti esempii di contratti nei quali la beneficenza è la causa dell' obbligazione.*

336. *Osservazione circa a tal punto sulla fideiussione.*

337. *Un debito naturale può servire di causa ad un' obbligazione civile.*

338. *Continuazione ed esempio.*

355. *Ma se l' atto sia stato sottoscritto da una persona non negoziante, e non ispecifichi alcuna causa, nè esprima* dichiaro di dovere, *spetta al creditore il provare che la causa sussista: controvertitissimo; dritto romano, e giurisprudenza de' parlamenti.*

356. *L' atto del resto può servire di principio di pruova scritta al creditore per far ammettere la pruova testimoniale.*

357. *Ma il debitore non può addurre la sola pruova testimoniale contra il contenuto dell' atto che esprime la causa, o contiene la ricognizione* di debito.

358. *Le parti possono del resto farsi interrogare reciprocamente per fatti e loro circostanze e deferirsi il giuramento sul fatto della causa.*

359. Quid *della donazione o del legato fatti per una causa falsa? Rimessione ad altre parti dell' opera.*

360. *La condizione apposta alla convenzione le tien forse luogo di causa allorchè si verifichi? dritto romano; distinzioni da farsi.*

361. *L' obbligazione che non ha altra causa che un errore di dritto è nulla per difetto di causa: rimessione.*

362. *La causa illecita induce la nullità della convenzione.*

363. *Avvien diversamente nelle donazioni o nei legati.*

364. *Riguardo alla donazione tra vivi fatta sotto la condizione di fare qualche cosa di contrario alle leggi o al buon costume, rimessione ad altre parti dell' opera.*

365. *Nei contratti a titolo oneroso, la causa illecita dell' obbligazione di uno è tale perchè l' oggetto dell' obbligazione dell' altro è anche esso illecito.*

366. *Vi sono nondimeno taluni casi in cui non è così.*

367. *La promessa fatta con la mira o a motivo del concubinato ha una causa illecita.*

368. *Tuttavolta la donazione in debita forma fatta ad una donna che si pretendesse di essere la concubina del donante, non sarebbe nulla per questo solo motivo.*

369. *Le promesse di matrimonio e le clausole penali in conseguenza di esse convenute, non sono obbligatorie.*

370. *In generale la legge non accorda alcun' azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa: varie osservazioni su tal punto.*

371. *Non possonsi confermare o ratificare le obbligazioni senza causa, o che hanno una causa falsa ovvero illecita.*

372. *Ma le cose mobili che sono state volontariamente pagate in esecuzione di tali promesse, generalmente non sono soggette a ripetizione.*

373. *Secus degl' immobili, e ragioni della differenza.*

374. *Avvi qualche caso in cui chi ha soddisfatto un' obbligazione fondata sopra una causa illecita, può ripetere anche gli effetti mobili da lui dati; ciò avviene quando egli stesso non era in una causa disonesta.*

375. *Rimessione circa all' esame della quistione se, quando avvi luogo alla ripetizione, l' azione non duri che dieci anni, come quella per nullità o per rescissione de' contratti.*

376. *Alcuni esempii di casi in cui la causa dell' obbligazione cessa dopo il contratto, e risoluzioni su questi casi.*

377. *Dritto romano riguardo alle azioni per ripetizione; noi generalmente lo seguiamo su questi punti.*

324. La quarta condizione richiesta per la validità delle convenzioni e delle obbligazioni che ne risultano è la *causa* (art. 1108 c. c. = *1062 ll. cc.*), giacchè niuno si presume obbligato senza causa; per cui, giusta l'art. 1131 c. c. = *1085 ll. cc.*, « l'obbli-« gazione senza causa, o fondata sopra una causa fal-« sa o illecita, non può avere alcun effetto ».

325. I giureconsulti romani adoperarono la parola *causa*, ora per esprimere il *fatto* che obbligava una delle parti verso l' altra, e dava a costui un' azione, ed ora pel *motivo determinante* che l'aveva indotto ad obbligarsi.

Così nei contratti che non avevano ricevuto una speciale denominazione, e che erano tutti contenuti in queste diverse combinazioni: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, l' esecuzione della convenzione fatta da una delle parti obbligava l' altra ad eseguire da sua banda, ed era la *causa* dell' obbligazione di questa e dell' azione civile a vantaggio della prima. Considerando appunto questo fatto di

esecuzione, gl'interpetri del dritto romano definiscono comunemente i contratti, *conventio nomen habens, vel causam, vel utrumque simul*, per abbracciare in una medesima definizione i contratti che ricevettero una speciale denominazione, e quelli ai quali non ne fu data alcuna.

E quando questi giureconsulti prendevano la parola *causa* per la ragione, o il motivo determinante il quale per sè solo aveva indotto una delle parti ad obbligarsi verso l'altra di prometterle la tale o tal'altra cosa, e siffatto motivo non sussisteva, l'obbligazione veniva detta, come appresso noi, *sine causa, aut falsa causa*, e come tale era nulla (1). La parte poteva farsi liberare (2) se non aveva ancora eseguito, o ripetere ciocchè aveva pagato se aveva eseguito nell' ignoranza della falsità della causa (3).

326. È lo stesso pel nostro dritto; ma, come lo abbiam detto parlando dell' *errore*, non bisogna confondere colla *causa* delle obbligazioni, il *motivo particolare* che indusse o potè indurre una delle parti, e talune volte ancora ambedue, a contrattare.

—

(1) In tal senso il giureconsulto Ulpiano dice nella l. 7, §. 4, ff. *de pactis*, che non avvi obbligazione senza causa: *cum nulla subest* CAUSA *propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.*

(2) A tal effetto essa poteva procedere perchè le si restituisse la carta che aveva dato, o che fosse liberata dalla promessa da lei fatta per istipulazione; in somma poteva *condicere obligationem*, come lo dice la l. 3, ff. *de condictione sine causa*.

(3) *V.* le leggi del medesimo titolo e quelle del titolo *de condict. indebiti.*

La falsità di tal motivo, l'errore nel quale si è caduto a tal riguardo, non vizia l'obbligazione, se altronde abbia una giusta causa, una causa che sarebbe bastata, quando anche il motivo particolare sul quale si errò non fosse sussistito. Così, quando io compro un cavallo, credendo falsamente che il mio sia morto o mi sia stato rubato, la compra non è men valida, perchè la mia obbligazione di pagare il prezzo ha la sua *causa reale*, *efficiente*, nel cavallo che ho comprato, ed il mio errore qui non cade se non sulla falsità del motivo che mi obbligò a fare tale compra; ma questo motivo non era una condizione essenziale del contratto, come lo è la causa propriamente detta.

In somma la *causa* (a) dell'obbligazione di una

(a) Toullier insegna che la volontà è la causa o il motivo della obbligazione, il *vinculum juris*, ma che per metonimia ordinariamente chiamasi *causa* del contratto la cosa o l' oggetto della volontà formante il contratto stesso; che gl'Inglesi, secondo rapporta Blanckston, *libro 2*, *chap. XXX*, dicono considerazione del contratto, o sia induzione: *id quod inducit ad contrahendum*. Quindi Covarruvia (*variar. lib. 1. cap. 1. num. 2*) con avvedutezza definisce la *causa finale* per quella *quæ principaliter in agendo actu ab agente consideratur: quæ ipsum præcipue movet, et in quam agentis mens dirigitur.*

Generalmente nei contratti fondati sull' interesse, e nei quali una delle parti non si obbliga se non a fronte ed in riflesso di un equivalente impegno dell'altra parte, questo impegno forma la causa dell'obbligazione, perchè venendo meno, cessa l'obbligazione per mancanza di causa efficiente. All'opposto nei contratti di beneficenza, nei quali una delle parti altra norma non prende per obbligarsi che la propria volontà, la causa del contratto è nella detta volontà, la quale stabilitasi con legittimo contratto, non può variare, avendovi l'altro contraente acquistato dritto.

Ogni contratto, diceva *Pothier* (*delle obbligazioni*, part. 5. cap. 1.

delle parti, nei contratti a titolo oneroso, è la cosa che l'altra le diede, o le darà, o che fece o farà per lei; e nei contratti a titolo gratuito o di bene-

—

sez. 1.ª art. 3 §. 6) *aver dee una causa onesta. Nei contratti* interessati *la causa dell' impegno che contrae una delle parti consiste in ciò che l'altra parte le dà o s'impegna a darle, ovvero nel rischio che prende a suo carico. Nei contratti di beneficenza, la liberalità che l'una delle parti vuole esercitare verso l'altra, è la causa efficiente dell'impegno che contrae verso di essa. Ma quando l' obbligazione non ha alcuna causa, ovvero, che val lo stesso, quando la causa per la quale è stata contratta, è una causa falsa, l'obbligazione è nulla, e nullo il contratto, che la racchiude.* In questo senso sono scritte le diverse disposizioni della legge nei titoli *de condictione sine causa, et de condictione causa data, causa non sequuta.* Tutto è nel principio, nella cagion regolatrice della obbligazione. *Omne quod datur, aut ob rem datur, aut ob causam:* l. 1. ff. *de condictione ob turpem causam Damus aut ob causam, aut ob rem, ob causam præteritatam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consequutus sum, vel quia aliquid a te factum est: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur* l. 52. ff. *de condictione indebiti.* Se la cagion motrice dell'obbligazione è fondata nell' altrui impegno, sia di dare sia di fare, sia passato, sia futuro, ove questo non esista da principio, o venga meno, manca la causa dell'obbligazione, e si dà luogo alla condizzione. Ma non si dà luogo alla condizzione anche nella esistenza di una causa falsa, ove quegli che si obbligò, volle donare. *Id quoque ob causam datur puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum; quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse:* l. 65 §. 2. ff. *de condictione indebiti.*

A somiglianza di ciò diceva Papiniano, parlando del legato, che altro non è se non un atto di volontaria beneficenza: *falsam causam legato non obesse verius est; quia ratio legandi legato non cohæret;* l. 71 §. 4. ff. *de conditionibus, et demonstrationibus.* Il deposito, a cagion d'esempio, consiste nella custodia di una cosa di cui il depositario s' incarica per suo piacimento, e senza veruna mercede; è un contratto, che non ha altro principio motore se non nella beneficenza, e quindi nella volontà: e per conseguenza in ciò consiste la causa di quel contratto. Trad.

ficenza, generalmente è la volontà di un beneficio. Solamente quando si tratta di una donazione è necessario, perchè dalla promessa nasca una efficace azione, che le forme prescritte dalla legge sieno state osservate.

327. Ma siccome le obbligazioni sono di molte specie, le cause (a) che le fan nascere variano similmente.

(a) Il consigliere Pasqualini nella camera di grazia e giustizia del già Supremo Consiglio di Cancelleria disse ch' era opportuno indicare la differenza della *causa finale* dalla *causa occasionale* ed *impulsiva*.

Il consigliere Magliano rispose che i dottori ne spiegan la diversità colla guida delle leggi 1, §. 5, ff. *de postul.*, e 3 ff. *de donat.*, e che la glosa sul primo indicato testo di Ulpiano dice: *Quid ergo: si aliqua bona fœmina inveniatur, poteritne postulare? Videtur quod sic, quia causa cessante, cessat effectus. Sed dico contra quia illud obtinet in causa finali: hic autem scilicet improbitas Calphurniæ* (che secondo Alciati, *Pareg. lib. 2 cap. 27*, debbesi leggere Caia Afrania) *fuit impulsiva: nam alia fuit finalis, scilicet ne contra pudicitiam ec.* Soggiunse il consigliere che nella seconda cennata legge si dice dallo stesso Ulpiano: *Generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, causa donandi fuit, an conditio, si caussa fuit, cessare repetionem: si conditio repetioni locum fore.* Avvertì che la prima è *causa occasionale* ed *impulsiva*, la seconda *causa finale*. Conchiuse che senza la causa finale non esiste l' atto, ma che comunque senza la causa *occasionale* ossia *impulsiva* non si sarebbe dato luogo all' atto, pure questo formatosi, tale condizione è fuori dell' atto, e quindi non l' annulla.

Il consigliere Sollima osservò che la distinzione suddetta non ammette alcuna dubbiezza, e che come puramente dottrinale non deve formare l' oggetto di una disposizione particolare di legge. Espresse che del pari la *ragione* ovvero la *mente* della legge, cioè l' intendimento del legislatore, *vis et potestas legis*, ossia la causa *finale* era ben diversa dall'*origine* della legge, ch'è la causa *occasionale*, la quale, al dir di Vico (*Scienza nuova* lib. 2, §. 7 p. 210), presso i primi popoli incapaci di universali, dava luogo alla formazione di tutte le

Quindi nelle convenzioni che producono obbligazioni reciproche, come la vendita, la permuta, la locazione, la causa dell'obbligazione di ciascuna del-

leggi, perchè i detti popoli *non le concepivano se non fossero AVVENUTI I FATTI che domandavanle*. Aggiunse che siffatta diversità è nella natura stessa delle cose, per cui il dotto Giuseppe Cirillo (*de condit. et demonst. part. 4*) si esprime nel modo seguente:

Igitur unus est casus, quo falsa caussa nocet, si ea fuit finalis. Rectissima est in Philosophorum, Jurisconsultorumque Scholis caussæ partitio[1] in *IMPULSIVAM*, et *FINALEM*. Dicunt *IMPULSIVAM, quæ nos ad faciendum impellit, idem, licet ea non impelleret causa, facturos. FINALEM dicunt, qua una movemur, alias non facturi. Hujus illustre exemplum extat in L. ult.* de her. instit. *in quam nonnulla, contra aliorum sententiam commentatur Ant. Faber* De err. prag. dec. 39 err. 5. *Falsa causa, si fuit IMPULSIVA non nocet: nocet vero, si fuit FINALIS. Atque huc pertinent leges 4, et 7, c. de her inst. quas male accipiunt interpretes de falsa demonstratione cognationis, quum certæ accipiendæ sint de falsa caussa finali. SI PATER TUUS*, inquit Gordianus in cit. L. 4, *EUM QUASI FILIUM SUUM HEREDEM INSTITUIT, QUEM FALSA OPINIONE DUCTUS SUUM ESSE CREDEBAT, NON ISTITUTURUS, SI ALIENUM NOSSET, ISQUE POSTEA SUBDITITIUS ESSE OSTENSUS EST, AUFERENDAM EI SUCCESSIONEM, DIVORUM SEVERI ET ANTONINI PLACITIS CONTINETUR. Subdititio filio tamquam indigno, aufert fiscus successionem* ; L. aufertur 46 *pr. de jur. fisci. Sed moribus odiernis potiores sunt fisco qui ea institutione non facta ad successionem venirent. Jam in cit. L. 4. NON ISTITUTURUS ex Latini sermonis ingenio FINALEM caussam explicat. Minus perspicua est L. 7, sed eodem sensu interpretanda. Vid. Averan.* Interpret. jur. *lib. 5. 1. 19 num. 10. Quod autem in dubio præsumitur causa potius IMPULSIVA*, quam *FINALIS, ei, cujus interest non valere dispositionem, onus incumbit probandi: idque manifeste ostendunt verba illa Papiniani: SED DOLI EXCEPTIO LOCUM HABEBIT, SI PROBETUR ALIAS LEGATURUS NON FUISSE. Si heredi, cujus interest, non valere legatum, doli exceptio datur, is debet exceptionem probare; l.* si pactum *9 et* L. in exceptionibus 19 *de probat.*

La detta Camera di Grazia e Giustizia si uniformò al parere del consiglier Solima, opinando di non doversi discendere a minuti principii elementari di dritto. TRAD.

le parti è, come lo abbiam detto, in ciò che l'altra deve darle da sua banda, o fare per lei. In guisachè in questi casi la *causa* dell'obbligazione dell'una si confonde coll'*oggetto* dell'obbligazione dell'altra: per conseguenza, se quest'oggetto non sia sussistito, o non più sussistesse nel momento del contratto, o fosse fuori commercio, l'obbligazione di colui che la stipulò si trova senza causa, o avente una causa falsa o illecita, come quella dell'altra parte si trova senza oggetto. Il contratto è dunque nullo in doppio aspetto.

328. Considerando il matrimonio soltanto sotto i rapporti civili e naturali, vi si rinviene facilmente la *causa* nell'obbligazione. I vantaggi che ciascuno de'coniugi ritrae dal contratto sono la *causa* delle obbligazioni che facendolo s'impone.

329. Nei contratti unilaterali a titolo oneroso, la causa dell'obbligazione del debitore è in ciò che si fece o che si fa attualmente per lui; per esempio, nel mutuo chiamato *prestito di consumo*, la *causa* dell'obbligazione del debitore è nelle cose che gli si danno; e se voi, mio debitore, *puta*, per ragione di un mandato che vi aveva dato a fin di ricevere ciocchè erami dovuto da un tale, sottoscrivete a mio vantaggio una obbligazione, innanzi notari o con iscrittura privata, la causa della vostra attuale obbligazione è in ciò che voi avete ricevuto per me.

330. Nei quasi contratti il fatto che lor diede origine forma la *causa* delle obbligazioni civili che

ne nascono. Per esempio, il fatto di aver ricevuto ciocchè non erami dovuto è la causa dell' obbligazione che io ho di restituirla, perchè l'equità non permette che mi arricchisca a spese altrui. Se ho amministrato gli affari di Paolo, sono per tal fatto obbligato di rendergli conto; e se ho speso del mio nella tenuta amministrazione, Paolo deve farmi indenne, perchè non deve arricchirsi a mie spese.

331. Siamo obbligati per dritto naturale e per le leggi a non nuocere a' nostri simili nella loro persona o nei loro beni: se violiamo tal precetto, siffatta violazione ci obbliga alla riparazione del danno che abbiamo arrecato, anche per semplice imprudenza o negligenza; art. 1382 e 1383 c. c. = *1336 e 1337 ll. cc.* Quindi i delitti ed i quasi delitti sono *cause* di obbligazioni civili.

332. Siamo risponsabili puranche delle persone o delle cose che abbiamo sotto la nostra custodia, e questa risponsabilità è una *causa* bastante dell' obbligazione per noi di riparare il danno che tali persone o tali cose potrebbero aver cagionato a' terzi.

333. La pubblica utilità è anche la causa di molte obbligazioni, come quelle di pagare le imposizioni, di prestare il servizio militare, secondo le leggi emanate a tal riguardo; di cedere mediante una giusta indennità il proprio fondo allo Stato, o anche ad un comune. Si rinvengono nel titolo *delle Servitù* ed in altre leggi gran numero di obbligazioni che hanno puranche per causa la pubblica utilità, e

che sono stabilite ancora nell' interesse immediato de' privati. Ma sono piuttosto pesi imposti dalla legge alla proprietà, anzichè vere obbligazioni personali.

334. E siccome non v' è cosa più giusta e più uniforme al dritto naturale quanto il desiderio di fare bene al proprio simile (1), la volontà di conferire un beneficio vien considerata come causa sufficiente dell'obbligazione che si contrae a tal effetto, o che s' impone al proprio erede, facendo una donazione o un legato a qualche persona; purchè tuttavolta si seguano le leggi che regolano le condizioni, le formalità e l' estensione delle disposizioni de' beni a titolo gratuito.

335. Nei contratti detti di beneficenza la volontà di rendere un servigio o di conferire un beneficio è dunque una causa sufficiente dell' obbligazione. Tal' è puranche il contratto di mandato, nel quale la volontà del mandatario di rendere un servigio al mandante basta per obbligarlo ad eseguire il mandato e ad essere risponsabile della sua inesecuzione. Tal' è similmente il contratto di comodato o prestito ad uso, nel quale la volontà del comodante di esser utile al comodatario l' obbliga a lasciarlo godere della cosa durante il tempo pel quale fu comodata. Il deposito eziandio è un contratto di beneficenza; lo stesso è del mutuo senza interesse e di alcuni altri contratti.

(1) *Nihil tam naturale est quam hominem homini benefacere;* Seneca, *de benef.*

Ma la causa dell'obbligazione del mandante, del comodante o del deponente di far indenne il mandatario, il comodatario o il depositario, se avvi luogo, consiste nel fatto medesimo delle spese erogate da costoro per ragione o per occasione del contratto.

336. La fideiussione la quale, per rapporto al debitore, è puranche un contratto di beneficenza per natura sua (1), ha la sua causa nella volontà di garentire l'esecuzione dell'obbligazione di un altro. Siffatta obbligazione basta per motivare quella del fideiussore, quando anche la prima potesse essere rescissa per effetto di una eccezione personale al principale obbligato, come nel caso di minore età; art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*

337. Un debito naturale può servir di causa e di fondamento ad un' obbligazione civile: per tal uopo neanche avvi bisogno di usare il mezzo della novazione propriamente detta. Quindi io debitore verso di voi da più di trent' anni di una somma che veramente non vi ho pagato, e di cui voi non mi avete fatto remissione, vi sottoscrivo ora l'obbligazione di pagarvi tale somma, invece di opporvi la prescrizione: siffatta obbligazione è valida, perchè il mio debito sussisteva ancora naturalmen-

---

(1) Diciamo per sua *natura*, e non per sua *essenza*, giacchè la fideiussione può esser data mediante un certo prezzo; e rispetto al creditore, non puossi considerarlo come contratto di beneficenza, ammenochè non intervenga per garantire l'esecuzione di una donazione.

*

te. Io altronde con ciò ho rinunziato al dritto di opporre la prescrizione, art. 2224 c. c. = *2130 ll. cc.* Ma ciò è più di una semplice rinunzia a tal mezzo di liberazione, è una nuova obbligazione; in guisa che i miei creditori non potrebbero, invocando l' art. 2225 c. c. = *2131 ll. cc.*, far valere, per escludervi, il mezzo di prescrizione, sotto pretesto che hanno il dritto di opporlo quando il debitore vi rinunzia. Voi ora siete mio creditore al par di essi, per la nuova obbligazione da me contratta in vostro vantaggio, la cui causa è l'equità, per conseguenza una causa bastante.

338. Così ancora Paolo, di cui io sono erede, vi fece un legato di mille franchi con un testamento irregolare, ed io conoscendo il vizio del testamento, mi obbligo di pagarvi questo legato, o di darvi in vece una data cosa, per esempio due moggia di terra. In tal caso io sono validamente vincolato, perchè l' erede è naturalmente obbligato di adempiere la volontà del defunto (almeno finchè la riserva dalla legge accordatagli sopra i suoi beni non ne fosse alterata), ancorchè questa volontà non sia espressa secondo tutte le formalità prescritte dal dritto civile per la validità delle disposizioni testamentarie. Ciò viene stabilito da molti testi del dritto romano, specialmente dalla legge 2, Cod. *de fideicom.*; dalla l. 38, ff. *de fideicom.*, e dalla l. 5, §. 15, ff. *de donat. inter vir et uxor.*; e la ragione è la medesima nelle regole del dritto francese. È indubitato altronde che un' obbligazione naturale

può servire di causa ad un' obbligazione ordinaria, ed essere surrogata da questa; l. 1, ff. *de novat.*: or promettendovi due moggia di terra in vece di mille franchi che vi erano stati legati da colui del quale io sono erede, abbiamo fatto una novazione della prima obbligazione, che, come obbligazione naturale nella specie, potè servire di causa sufficiente alla seconda.

339. In conformità di siffatte regole la Corte di cassazione giudicò con arresto di rigetto, nel 3 dicembre 1813 (1), che l'acquirente di un fondo nazionale, il quale per iscrupoli di coscienza, o per altri motivi di delicatezza, aveva creduto di dover rinunziare al suo acquisto a vantaggio dell'antico proprietario, non potè di poi far annullare la sua rinunzia sotto pretesto di non aver ricevuto per essa alcun prezzo, e quindi che la rinunzia era senza causa; giacchè, considerò la Corte, un' obbligazione dettata da un sentimento d'equità ha una causa bastante in tale sentimento.

340. Così ancora giudicò la medesima Corte con arresto di cassazione (2), che il debitore di rendite aventi segni di feudalità, soppresse come tali dalle leggi del 1793, e che di poi aveva liberamente promesso di somministrare le medesime prestazioni per l' avvenire, non aveva potuto ritrattare la sua promessa, sotto pretesto ch' era senza causa

(1) *Sirey*, 1814, 1, 85.
(2) Del 3 luglio 1811; *Sirey* 1811, 1, 321.

attesa la soppressione senza indennità delle dette rendite. La Corte si determinò per la considerazione che tale promessa, abbenchè fosse di somministrare le medesime prestazioni, non era un semplice titolo di ricognizione degli antichi contratti, ma un contratto nuovo, producente *novazione* dei primi, e la cui causa si rinveniva nell'obbligazione naturale nata da questi, la quale obbligazione non era stata distrutta o cancellata dalla soppressione pronunziata dalle leggi della rivoluzione.

Nondimeno in una specie simile la medesima Corte aveva giudicato il contrario con arresto di rigetto (1); ma la nuova convenzione non le sembrò che un semplice titolo di ricognizione dell'antico titolo infetto di feudalità, senza novazione alcuna. In conseguenza fu giudicato che la nullità dell'antico titolo portava quella del nuovo, il quale si considerò come non avente che una causa illecita e riprovata da leggi la cui forza ancora sussisteva (2).

E fu così deciso malgrado l'esecuzione che erasi dato al nuovo atto del debitore; ma questi non potè tuttavia ripetere le annualità arretrate da lui pagate in esecuzione di tale atto. Il pagamento di queste annualità arretrate fu considerato, e con ragione, come l'adempimento di un'obbligazione naturale, che le leggi della rivoluzione non distrussero, nè potettero distruggere. Quindi l'effetto della

---

(1) Del 25 ottobre 1808; *Sirey*, 1811, 1, 323.

(2) *V.* nel medesimo senso l'arresto della Corte di Angers del 31 gennaro 1822; *Sirey*, 23, 2, 30.

nullità dell'atto fu limitato alla liberazione dal somministrare la rendita per l'avvenire.

Importa dunque, giusta tale giurisprudenza, di ben distinguere la natura del nuovo contratto. Se l'atto col quale qualcuno si obbliga di pagare una rendita soppressa come infetta di feudalità, non sia che un semplice atto di ricognizione di questa medesima rendita, perchè ne fa menzione, senza sostituire una nuova rendita o altra obbligazione, questo atto non è civilmente obbligatorio; ma se senza far menzione dell'antica rendita nel nuovo atto, si costituisce un'altra rendita o un'altra specie di obbligazione, questo nuovo atto è valido, perchè ha una causa nell'obbligazione naturale nata dall'antico contratto, e perchè l'obbligazione non è men valida, abbenchè la causa non sia espressa nell'atto; art. 1132 c. c. = *1086 ll. cc.* Ed è valido eziandio, abbenchè vi si sia fatto menzione dell'antica rendita, come causa della nuova obbligazione, se questo nuovo atto abbia creato una rendita nuova, sebbene consistente nelle medesime prestazioni e sui medesimi beni che l'antica, in somma se vi sia *novazione*. Or benchè la novazione non si presume, può nondimeno risultare dal complesso del tenore dell'atto, se sembri che l'intenzione delle parti sia stata di effettuarla; art. 1273 c. c. = *1227 ll. cc.*

341. Devesi pure riguardar come valida, anche senza le formalità delle donazioni, la promessa fatta a taluno perchè faccia qualche cosa che la sola ricono-

scenza l'obbligherebbe di fare; imperocchè sebbene lo stipulante in tal caso manchi di delicatezza non volendo fare la cosa che mediante la promessa, nondimeno questa promessa ha una causa, ed una causa che la legge civile non riprova.

342. Pothier riguarda anche come valida la promessa fatta a taluno perchè faccia qualche cosa che la legge l'obbligava a fare. In verità, egli dice, essa è senza causa, ma è nondimeno valida come contenente una liberalità.

Sopra tal caso diremo primieramente che se la promessa non fosse fatta in modo libero, sarebbe nulla per mancanza di causa lecita, ed anche per mancanza di libertà. Per esempio, per restituirmi un deposito, o carte importanti da me affidatevi, chiedete da me una promessa: tale promessa è nulla, perchè fondata sopra una causa vergognosa dal vostro lato (1).

E se, per esempio, un funzionario pubblico richiegga oppure riceva da me senza richiederla una promessa qualunque per farmi un atto del suo ministero, anche giusto, ma non soggetto a salario, siffatta promessa è infetta del misfatto di concussione (art. 177 c. pen. = *204 e 205 ll. pen.*), e come tale è nulla. Sarebbe ugualmente nulla se fosse stata fatta affinchè il funzionario si astenesse dal fare un atto che fosse nell'ordine de' suoi doveri; *ibid.*

Nei due casi la pena è quella della gogna e di

---

(1) L. 2, ff. *de condict. ob turpem causam.*

un' ammenda doppia del valore delle promesse accettate o delle cose ricevute, senza che la detta ammenda possa essere inferiore a dugento franchi; ***ibid.***

Ammettendo infine che la promessa non fosse richiesta da quello a cui vantaggio fu sottoscritta, che neanche fosse infetta del misfatto di concussione, o di vizio di dolo o di frode, qualora non abbia altra causa se non qualche cosa che la persona era tenuta di fare secondo la legge, è vero il dire che tal promessa sia effettivamente senza causa, che sia una vera liberalità, un *atto contenente donazione* (e Pothier ne conviene anch'esso), il quale a tal titolo dev' esser fatto nella forma degli atti contenenti donazione per essere obbligatorio e produrre una efficace azione.

343. Ma è validissima, anche senza l' adempimento di tali forme, la promessa da me fatta a taluno che mi rese un servigio, per esempio, che si espose per salvarmi la vita, o per salvarla alla mia consorte o ad un mio figlio o ad un mio ascendente, o pure che mi ha conservato le mie sostanze, compromesse per qualche particolare circostanza, ovvero che amministrò utilmente i miei affari, in somma che ben ha meritato da me. Questi fatti senza dubbio potrebbero essere la *causa* di una donazione *rimuneratoria*, ma nulla impedisce che sieno puranche la causa di una obbligazione ordinaria.

344. E ciò soffrirebbe ancora men dubbio, se è possibile, ove la promessa fosse fatta per un servizio da rendersi. Per esempio, se quando la mia consorte o

mio figlio sia sul punto di perire nelle fiamme o nelle onde, io promettessi una data somma a colui che li salverà o che tenterà di salvarli, la mia promessa sarebbe indubitatamente valida; essa avrebbe la più legittima causa. Le leggi romane(1) sancivano che chi ha dato o promesso qualche cosa a taluno per salvarlo da un pericolo da cui era minacciato, non può farsi restituire in intero contra la sua obbligazione, abbenchè essa sia stata fatta sotto l'impero del timore, attesochè ha una giusta causa.

Il solo dubbio che possa presentare la quistione è se i tribunali potrebbero ridurre l'obbligazione nel caso in cui fosse smoderata, per non essere in tale ipotesi il risultamento di una libera volontà: noi crediamo che essi lo potrebbero. Per esempio, che un uomo vedendo sua moglie o suo figlio sul punto di perire nelle fiamme, nelle onde o sotto le rovine di un edificio, esclama, tratto dal dolore e lo spirito in qualche modo alienato dal pericolo cui è esposto ciocchè ha di più caro, che darà cento mila scudi a chi salverà la vita alla persona minacciata di perderla (2); che la fortuna di quest'uomo dovess'esere assorbita o quasi assorbita coll'adempimento di una tale promessa: in simil caso, crediamo che i tribunali potrebbero ridurla, per essere stata fatta *verbis effusis* e sotto l'impero del timore.

---

(1) L. 9, §. 1, ff. *quod metus causa gestum erit.*

(2) Udii raccontare che un Ebreo di Amsterdamo aveva promesso 300,000 fiorini a chi salvasse sua moglie sul punto di perdere la vita in un incendio.

Dovrebbesi tuttavia porre in considerazione le sostanze di chi si è obbligato, nonchè la natura e la gravezza del pericolo cui si è esposto l' individuo al quale sia stata fatta la promessa.

Vero è che in tal guisa si lasciano in qualche modo i tribunali padroni di fare essi medesimi il contratto, mentrechè il Codice, nell' art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, dice che quando le parti han convenuto una somma a titolo di danni ed interessi in caso d'inadempimento della convenzione, il giudice non può concedere una somma maggiore o minore; e secondo l'art. 1966 c. c. = *1838 ll. cc.*, se la somma convenuta in uno de' giuochi pe' quali la legge accorda un' azione sembri eccessiva, il tribunale può ben *rigettare* la dimanda, ma questo articolo, o alcun altro, non gli accorda la facoltà di moderarla: donde sembra che, nello spirito del Codice, i giudici non hanno la facoltà di modificare la convenzione delle parti.

Ma ammettendo ancora questa regola come vera e generale, non crediamo nondimeno che sia applicabile alla specie in quistione. Esso non fu preveduto dal Codice, e per conseguenza i magistrati possono risolversi secondo i lumi dell' equità e della ragione, come ve gl' invita l'art. 4 c. c. = *4 ll. cc.*

Rigettare interamente in simil caso la dimanda, come in quello di una somma eccessiva richiesta per debito di giuoco, sarebbe una ingiustizia evidente, ed anche un assurdo, poichè il debito ha una causa legittima che non v' è nel giuoco allor-

chè la somma giuocata sia smisurata relativamente alle sostanze delle parti. E da un'altra banda concedere l'intera somma promessa o offerta, quando anche dovessero essere assorbite o quasi assorbite tutte le sostanze del debitore sarebbe di eccessivo rigore, che risalta a tutti gli occhi, specialmente quando si consideri in quale circostanza la promessa fu fatta o consentita.

345. Le obbligazioni capaci di essere annullate o rescisse per qualche vizio, o per causa d'incapacità, possono per via della novazione servir di causa ad obbligazioni validissime, come lo spiegheremo più estesamente trattando della novazione.

346. Come il dicemmo parlando de' figli naturali tomo III, n.° 231, un riconoscimento di figlio naturale in iscrittura privata fatta dal padre (1) non basta per autorizzare il figlio a dimandare giudiziariamente gli alimenti, ed ancor meno per pretendere sulla successione i dritti indicati dagli art. 757 e 758 c. c.=*674 ll. cc.*; ma se questo atto contenga puranche la promessa di pagare una somma o di somministrare alimenti al figlio, la promessa è valida come avente una giusta causa, una causa fondata sul dritto naturale (2). E sarebbe lo stesso abbenchè l'atto non contenesse che una semplice promessa d'alimenti, o una somma per farne le veci senza riconoscimento del figlio (3).

---

(1) Pel caso in cui questo atto provenga dalla madre; *V. ibid.*, n.° 228.

(2) *V. ibid.*, n.° 230.

(3) *Ibid.* n.° 229.

347. Debbesi ancora riguardare come avente una giusta causa la transazione che io feci con voi credendo che la legge vi fosse favorevole, mentre vi era contraria; imperocchè il desiderio di troncare una lite, quantunque mal fondata, è una causa bastante per un atto di tal natura. Altronde essendo incerto tuttociò ch' è sottoposto agli umani giudizii, potetti ragionevolmente preferire quel che mi assicurava la transazione a quel che il mio titolo sembrava promettermi (1).

In vero l'art. 2054 c. c. = *1926 ll. cc.* dice che la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo è soggetta alla rescissione se le parti non abbiano espressamente transatto sulla nullità, e noi qui non supponghiamo necessariamente che esse abbiano in espresso modo trattato sulla nullità del titolo; ma da un altro lato l'art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.* dichiara che la transazione non può essere impugnata per causa di errore di dritto: ora per conciliare questi due testi devesi dire che la transazione sia inimpugnabile, quando anche il titolo di una delle parti fosse nullo e non si fosse transatto sulla nullità; se l'altra parte conosceva tale nullità (perchè allora si reputerebbe di aver essa rinunziato al mezzo dalla medesima offertole), o se non la ignorò che per errore di dritto (2). In guisa che l'art. 2054 c. c. = *1926 ll. cc.* deve intendersi del

(1) Arresto di cassazione del 22 luglio 1811, di sopra citato, n.° 127.

(2) *V.* l' arresto di rigetto del 25 marzo 1807; Denevers, tomo V, pagina 199; e quello del 9 novembre 1814; *Sirey*, tomo XV parte 1, pag. 1. *V.* puranche quanto più sopra fu detto sull'*errore*, n.° 127.

caso in cui la nullità fosse ignorata per errore di fatto, per esempio del caso in cui io abbia transatto sopra un legato lasciato con testamento, uno de' cui testimoni non aveva le qualità richieste, la quale circostanza non si appalesava all'ispezione dell'atto, e che io altronde non conosceva.

348. Nondimeno allorchè la causa dell'obbligazione sia un fatto che non sussiste e giudicato non essere sussistito, non avvi causa dell'obbligazione, abbenchè sia stata espressa una causa nell'atto. Imperocchè una causa falsamente espressa, quando altronde non ve ne sia alcuna reale e lecita, non impedisce che l'obbligazione sia senza causa. Tal'è il caso del giudizio *Charret e Tourrangin*, di cui più sopra parlammo, n.° 146.

349. Ma spetta a chi pretende che la causa espressa nell'atto non sussisteva, il distruggere l'effetto della pruova che risulta dalla menzione fattane. Così nel caso in cui mio padre, del quale mi sono qualificato erede, vi aveva legato la tale somma ed avea rivocato questo legato con un testamento posteriore di cui io ignorava l'esistenza, se convenni con voi che in vece della somma vi darei quattro moggia di terreno, spetterà a me il produrre e difendere il secondo testamento che invoco in pruova della rivocazione del legato, e che distruggeva in tal modo la causa della mia obbligazione.

350. La falsità della causa e la mancanza assoluta di causa hanno il medesimo effetto, dice Pothier, quello di render nulla l'obbligazione; e male a propo-

sito Toullier riprende questo autore per essersi così, a creder suo, espresso inesattamente, giacchè Pothier non disse che la *menzione* di una falsa causa nell'atto avesse il medesimo effetto che la mancanza assoluta di causa. Se l'avesse detto, avrebbe commesso un errore, attesochè l'obbligazione non è men valida, abbenchè vi sia stata espressa una falsa causa, se altronde ne abbia una lecita, lo che giudicò parecchie volte la Corte suprema (1).

In fatti l'enunciazione di questa falsa causa non può che riputarsi non avvenuta; or in siffatta supposizione l'obbligazione non è men valida se abbia una giusta causa, che i contraenti per particolari ragioni non credettero convenevole di esprimere nell'atto, poichè la mancanza di menzione della causa non rende nulla l'obbligazione, purchè la causa sussista realmente e sia lecita; art. 1132 c. c. = *1086 ll. cc.*

351. E conviene anche aver per certo che se la pruova della falsità della causa espressa nell'atto non risulti che dalla confessione o dalla dichiarazione del creditore il quale pretende nel medesimo tempo che l'obbligazione abbia altronde una causa reale e lecita, da esso indicata, siffatta confessione non può scindersi, ma deve prendersi per intero; art. 1356 c. c. = *1310 ll. cc.* (2).

---

(1) Specialmente con arresto del 13 agosto 1806, e del 2 dicembre 1812; *Sirey*, 1813, parte 1, pag. 32; e *Denevers*, 1813, pag. 62.

(2) *V.* due arresti profferiti in tal senso, nelle *Quistioni di dritto* di Merlin, v. *Causa delle obbligazioni.*

Diversamente avverrebbe se la causa espressa nell' atto fosse stata riconosciuta falsa sulla pruova del convenuto; allora spetterebbe al possessore del titolo il provare che avvene nondimeno una reale e lecita (1).

352. Diciamo che l'obbligazione non è men valida abbenchè non sia espressa la causa, purchè sussista effettivamente e sia lecita; art. 1132 c. c.=*1086 ll. cc.* Sembra (2) tuttavolta che in taluni parlamenti si decidesse, giusta l'opinione di diversi autori francesi, che la mancanza di menzione della causa nell'atto produce la nullità dell' obbligazione o promessa. Siffatta dottrina nulladimeno non era da pertutto ammessa; non lo era in ispecie nel parlamento di Tolosa. Alcuni autori sostennero, per rigettarla, *che non seguivansi a tal riguardo le sottigliezze del dritto romano*. Ma ben a torto citavasi a tal uopo il dritto romano come contrario; giacchè precisamente esso dichiarava valida l' obbligazione: soltanto imponeva al possessore dell' atto di far la pruova che l' obbligazione aveva una causa, lo che è ben differente. La l. 25 §. ult. ff. *de probat. et præsumpt.* è chiara su questo punto.

353. Vigente il Codice non può esservi dubbio, giusta l'art. 1132 c. c.=*1086 ll. cc.*, che su quello di conoscersi se non esprimendo l' atto in alcun modo la causa del debito, spetti al debitore il provare che si obbligò senza causa alcuna, oppure se

(1) *V.* l'arresto di rigetto del 9 giugno 1812; *Sirey*, 1812, pag. 233.

(2) *V.* le *Questioni di dritto* di Merlin, alla parola *causa delle obbligazioni*.

spetti al creditore lo stabilire che l'obbligazione abbia effettivamente una causa, abbenchè non siasi espressa nell'atto.

Siffatta quistione più particolarmente della precedente non fece essere di accordo gli antichi autori, ed era in diverso modo decisa dai parlamenti. Gli interpetri del Codice civile neanche convengono sulla sua soluzione.

Credevasi nondimeno quasi generalmente una volta che la causa dell'obbligazione fosse bastantemente espressa con queste parole: *Dichiaro di dovere al signor tale la somma di.... Dichiaro di dovere e prometto pagare al signor tale la somma di......*

Gli autori del nuovo dizionario di Denisart, alla parola *Biglietto*, si spiegano così su questo caso: « Si « esprime questa causa (quella di un biglietto) met- « tendo la valuta ricevuta in danaro o in mercanzie, « ovvero esprimendo qualsivoglia motivo che ha « fatto fare il biglietto. Quindi il biglietto che dice « *dichiaro di dovere a....* è valido; la causa è nella « dichiarazione *di dovere.* »

Caronda aveva detto la medesima cosa sull'art. 107 della consuetudine di Parigi, e cita due decisioni, una del 12 gennaro 1567, e l'altra del 4 febbraro 1582, profferite ambedue dal parlamento di Parigi, le quali giudicarono in questo senso. Merlin nelle sue *Questioni di dritto*, alla parola *causa delle obbligazioni*, ne cita puranche talune altre che giudicarono nel medesimo modo, specialmente un arresto di cassazione del 7 pratile anno X, profferito sulle sue conclusioni.

La discussione elevatasi in Consiglio di Stato sull'art. 1131 c. c.=*1085 ll. cc.* non permette dubitare che s'intese adottare siffatta giurisprudenza: essa è positiva su tal punto, e con ragione; imperocchè chi si obbliga dichiarando di *dovere*, si obbliga pel motivo stesso che deve, in conseguenza per una giusta causa.

La quistione ristretta in tal punto particolare non ammetterebbe dunque alcun dubbio, soprattutto presentemente, se le qualità rispettive delle parti rendessero verisimile la causa dell'obbligazione: allora questa obbligazione non sarebbe men valida non ostante la mancanza di speciale menzione della causa. « Per « esempio, dice de Laury, citato pure da Merlin « nel medesimo luogo, se un alunno confessi di do- « vere al direttore del suo collegio, un viandante « al padrone dell'osteria, un ammalato al suo me- « dico, un litigante al suo procuratore, le cause si « presumono come se fossero espresse e scritte. » Vie maggiormente la causa debbe presumersi in questi casi, poichè alla forza delle parole, *dichiaro di dovere*, si accoppia la circostanza desunta dalla qualità delle parti, che rende verisimile il debito.

354. Ma allorchè l'atto dica semplicemente *pagherò*, o *sborserò*, o *prometto di pagare al tale*...... senza altra spiegazione, la quistione cambia aspetto, e crediamo che allora incumba al creditore il provare che la causa esiste realmente, se l'obbligazione sia stata sottoscritta da una persona non negoziante.

Diciamo se l'obbligazione sia stata sottoscritta da una persona non negoziante, giacchè se sia un ne-

goziante, e si tratti d'un semplice biglietto, puossi presumere di essere stato sottoscritto per causa di commercio, e per conseguenza di avere una causa. L'art. 638 c. com.=*617 ll. ecc. com.* dice in fatti che « i biglietti sottoscritti da un commerciante saranno « riputati fatti pel suo commercio, allorchè non sarà « espressa verun' altra causa (a)... »; e Brunemanno nelle sue *Decisioni*, centuria 2, cap. 99, dice « che tra commercianti, il non essersi espressa la « causa in un biglietto non impedisce che sia obbli- « gatorio ».

Veramente il detto art. 638 c. com. non è relativo alla competenza de' tribunali di commercio; ma ciò nulla influisce sulla quistione; imperocchè se il biglietto che non esprime causa alcuna non fosse obbligatorio, sarebbe superfluo di regolare la competenza del tribunale che deve giudicarne: or si suppone in quest' articolo che non vi sia stata enunciata alcuna causa, poichè se ve ne fosse espressa qualcuna ed appunto una causa commerciale, sarebbe bastantemente superfluo il dire che un tal biglietto, sottoscritto da un negoziante, si *considera* fatto in occasione del suo commercio; ciò sarebbe una pruova completa; e se fosse enunciata una causa, ed essa

(a) L'art. 1131 del codice civile (art. 1085 ll. cc.) che dichiara inefficace ogni obbligazione senza causa o fondata sopra una causa falsa od illecita, non è applicabile a favore dell'accettante di una lettera di cambio, per esentarsi di pagarla al portatore, nel caso che questi sia in buona fede, e la falsa causa sia passata fra il traente e l'accettante: *decis. dei 27 settembre 1813 dell' abolita nostra Corte di cassazione nella causa tra* Bourguignon e de Marini. Trad.

*

non riguardasse il commercio, non più si sarebbe nel caso supposto.

L' art. 188 del medesimo Codice = *188 ll. ecc. com.* dice è vero « che il biglietto ad ordine espri- « me il valore ch' è stato fornito in denaro, in mer- « canzia, in conto, ed in ogni altra maniera; » ma noi primieramente parliamo de' biglietti in generale sottoscritti da un negoziante, e diciamo inoltre che quest'articolo non pronunzia la nullità per mancanza di siffatta enunciazione.

355. Ma nei casi di obbligazioni civili che non esprimono la loro causa, e che neppure dicono *dichiaro di dovere*, crediamo che spetti al creditore il far la pruova che la causa sussista realmente.

Primieramente il dritto romano lo risolvea così nel più espresso modo, colla l. 25, §. ult. ff. *de probat. et præsumpt.* innanzi citata; e cade acconcio l' osservare che in quella legislazione le donazioni non erano soggette a forme autentiche, come lo sono nel nostro dritto; donde forse avrebbesi dovuto conchiudere che colui che sottoscrive una carta la quale non esprimeva la causa dell'obbligazione, ma che neanche era impugnata per dolo, errore o violenza, aveva voluto fare una liberalità. Tuttavolta non ostante siffatta grave presunzione, spettava al creditore il provare che l' obbligazione avesse una causa.

Merlin cita l' opinione di molti autori che insegnarono simile dottrina; cita puranche molte decisioni profferite dal Parlamento di Fiandra, ed una

ancora dal Parlamento di Parigi, che giudicarono la quistione in questo senso.

Veramente ne cita alcune altre di quest'ultimo Parlamento, profferite dopo, le quali giudicarono che la promessa faceva fede per sè stessa, abbenchè la causa non vi fosse espressa, finchè colui che l'aveva sottoscritta non provava la mancanza di causa. Era questa puranche, come il dicemmo, la giurisprudenza del Parlamento di Tolosa. Serres nelle sue *Instituzioni di dritto francese*, lib. III, tit. 15, così si esprime sopra tal punto: « Fu giudicato « (colla decisione del 1.° aprile 1737) che non av- « vi restituzione in intero contra un biglietto senza « causa, cioè in cui non sia enunciata la causa. Il « debitore desumeva un mezzo di restituzione dac- « chè aveva fatto il biglietto senza esprimere la cau- « sa dell'obbligazione; non vi si ebbe alcun riguar- « do, e si stette alla dottrina di Maynard, lib. VII, « cap. LXV. Questo mezzo in fatti è troppo sot- « tile, ed anche contrario alla buona fede; ed i « giudici convennero che oggidì si riguarda soltanto « alla falsa causa ».

Sì senza dubbio, vigente il Codice si riguarda puranche la *mancanza* della causa, ammenochè non si tratti di una donazione la quale del resto ha la sua causa nella volontà di conferire un beneficio; ma allora perchè l'atto sia obbligatorio, bisogna che venga disteso in forma autentica, con minuta, e che vi sia espressa accettazione dal lato del donatario; art. 931 e 932 c. c. = *855 e 856 ll. cc.*

Supponghiamo in fatti che, senza esservi debitore di cosa alcuna, senza ricever nulla da voi attualmente; senza neanche doverne ricevere per l'avvenire, io mi obbligo con cognizione di causa, e non per errore, a pagarvi, per esempio, la somma di ventimila franchi in un anno: non è forse evidente che con questo atto voglio conferirvi una liberalità? che è un atto contenente donazione, e che per lo stesso motivo avrebbe dovuto riunire le formalità prescritte dalla legge sulle donazioni? Si sosterrebbe mai che debbe ricevere la sua esecuzione secondo l'intenzione delle parti allorchè fu fatto, quando anche fosse confessato dall'attore che egli in realtà nulla diede a chi firmo l'atto? Ma allora non solamente si eluderebbe l'art. 1131 c. c.= *1085 ll. cc.*, che annulla le obbligazioni *senza causa*, come quelle che son fondate sopra una *falsa causa;* ma ancora si renderebbe illusoria la legge che prescrisse l'osservanza di formalità speciali per gli atti contenenti donazione. Questa legge in fatti non ebbe per iscopo soltanto di prescrivere tali formalità riguardo agli atti nei quali fosse fatta espressa menzione della volontà di donare; intese prescriverle eziandio per tutti gli atti contenenti effettivamente donazione, altrimenti sarebbe assurda, poichè annullerebbe l'atto contenente espressa donazione, ma in cui fosse stato omessa una formalità, mentrechè dichiarerebbe valida dall'altra banda un atto il quale in sostanza non sarebbe eziandio che una donazione, ed in cui nondimeno fossero state chiaramente trascurate tutte

le forme prescritte per gli atti di tal natura; in guisa che più si sarebbero voluto trasgredire le sue prescrizioni, più si sarebbe con buon esito contrattato. Ma tale non è lo spirito del Codice.

Si oppone tuttavolta che la giurisprudenza della Corte suprema dichiara validi gli atti simulati esenti da dolo, allorchè la simulazione non abbia per iscopo di frodare i terzi (1), e specialmente che dichiara validi gli atti di liberalità fatti in forma di vendita, purchè le parti fossero capaci di ricevere l'una dall'altra, e non siasi ecceduta la quota disponibile; che nel caso in cui lo sia stata, puossi semplicemente ridurre la disposizione celata. E Toullier (2) estendendo ampiamente siffatta giurisprudenza, non teme dire, « essere oggidì massima generale, che tutti « gli atti simulati esenti da dolo e da frode, deb- « bono valere e sussistere nel modo in cui le parti « contraenti intesero che fossero eseguiti ».

Ciò posto, bisognerebbe dire che la donazione celata sotto la forma di un biglietto contenente promessa di pagare una data somma, deve produrre il suo effetto.

Noi ci spiegammo (3) sopra gli abusi che possono derivare da simile giurisprudenza, e la massima generale che Toullier vuol dedurre accrescerebbe molto

---

(1) *V.* in *Sirey* gli arresti de' 7 aprile, 15 e 19 giugno 1813, tomo XIII, part. 1, pag. 374, 376 e 378

Nei casi giudicati da tali arresti non puossi che applaudire alle decisioni profferite; veruna di essi in fatti tende ad eludere la legge sulle donazioni, giacchè intervennero sopra altri oggetti.

(2) Tomo VI, n.° 180.

(3) Tomo VIII, n.° 400 e seguenti.

siffatti inconvenienti, se fosse adottata. Ma la Corte suprema, per quanto sappiamo, non è arrivata ancora sino a decidere che un biglietto senza causa reale, e riconosciuto in fatti di non aver avuto per oggetto che di conferire una liberalità, dovesse ricevere la sua esecuzione, anche tra le parti; e quand' anche l' avesse deciso, noi non sapremmo adottare la sua decisione.

Questo caso differisce in fatti da quello di una vendita simulata, pel quale essa dovè sì spesso giudicare. Quando si tratta di una vendita gli eredi sono esclusi colla eccezione d' inammessibilità: si dice ad essi che quante volte il loro autore poteva donare al compratore, essi non possono pretendere che abbia adottato la forma del contratto di vendita per celare la sua liberalità, perchè chi può fare apertamente una cosa, non può esser presunto di averla voluto fare clandestinamente per violare la legge. Si dichiara dunque l' atto valido come atto di vendita, non ostante che siesi allegato di non esservi prezzo, perchè vien rigettata la pruova di quest' allegazione. Si procede per eccezione d' inammessibilità; e siccome il contratto di vendita porta con sè la sua causa, non puossi impugnar l' atto per mancanza di causa. Mentrechè nelle obbligazioni unilaterali, la causa è una condizione distinta dall' oggetto del contratto, e deve sussistere realmente, sotto pena di nullità, salvo ciò che riguarda le donazioni; ma allora bisogna adempiere le formalità prescritte. Quindi, sia che si consideri l' atto come donazione, sia che si consideri sotto

qualunque altro aspetto, esso è nullo: è nullo come donazione, per mancanza di forme; è nullo come obbligazione ordinaria, per mancanza di causa.

Non puossi sostenere la dottrina contraria senza perder di mira che l'art. 1131 c. c.=*1085 ll. cc.* non si limita a dichiarar nulla l'obbligazione per una falsa causa, ma annulla ugualmente l'obbligazione senza causa: or quale può esser mai l'obbligazione che non sia stata acconsentita per una falsa causa, e che tuttavolta non abbia effettivamente causa alcuna, se non quella di cui abbiam dato un esempio, quella di un uomo che si obbliga scientemente di pagare una cosa senza aver nulla ricevuto, nè senza nulla dover ricevere per tale oggetto? Non avvene altra. Or la legge la dichiara nulla come semplice obbligazione, e se la dichiara valida come donazione, richiede almeno l'adempimento delle forme da essa a tal uopo prescritte. La dottrina che Serres attribuiva al Parlamento di Tolosa, *che non si ha riguardo se non alla falsa causa*, sarebbe buona sol quando potrebbonsi fare liberalità per *atti* senzachè questi atti fossero soggetti a forme speciali. Ma non è così, e questa dottrina non può specialmente sostenersi oggidì a fronte dell'art. 1131 c. c.=*1085 ll. cc.*, il quale, ripetiamolo pure, annulla tanto le obbligazioni senza causa, che quelle formate sopra una causa falsa.

Or, noi dimandiamo, non è forse rendere interamente illusoria la legge che prescrive formalità solenni ed autentiche per gli atti contenenti

donazione, l'obbligar colui che sottoscrive un atto il quale non enuncia la causa dell'obbligazione, a provare, per essere dispensato dall'eseguirlo, che lo sottoscrisse senza causa?

Allorchè lo sottoscrisse per una falsa causa, il migliore espediente è che provi egli la falsità della causa, l'errore in cui era a tal riguardo: egli ritratta ciò che riconobbe nell'atto, spetta a lui dunque il provare il suo preteso errore; e la cosa gli sarà facile, o almeno non gli sarà impossibile, perchè non dovrà provare che il tale fatto da lui creduto sufficiente, e che viene enunciato nell'atto, non esistette o non esisteva più. Ma lo riducete all'impossibile, se, quando egli non enunciò nell'atto alcuna causa della sua obbligazione, alcun fatto che le abbia dato origine, il costringete a provare che si obbligò senza causa; imperocchè allora la sua pruova è di una mera negativa, di una negativa assoluta che non può esser provata nè per dritto, nè per logica.

In fatti le cause delle obbligazioni sono innumerevoli, e quando anche colui che sottoscrisse l'atto pervenisse a stabilire, lo che altronde sarebbe difficilissimo per non dir altro, che nulla doveva a titolo di mutuo, di compra, di mandato, ec., non ne seguirebbe che non dovesse per altro titolo: in guisa che non perverrebbe mai a provare che si obbligò senza causa. Mentrechè se l'obbligazione ha effettivamente una causa, il creditore deve conoscerla; devesi puranche naturalmente supporlo, abben-

chè procedesse come cessionario o erede di quello a cui vantaggio l' obbligazione fu sottoscritta. Conoscendo la causa, deve dichiararla, e per conseguenza provarla, perchè chiunque allega una cosa deve giustificarla.

La contraria dottrina aprirebbe il varco ai più gravi abusi, o darebbe con tal mezzo effetto a promesse aventi cause illecite, immorali. Si eluderebbero specialmente le leggi sulle donazioni, non solo per ciò che concerne le forme, ma ancora per ciò che concerne la capacità di disporre e di ricevere, nonchè la quota disponibile. Nè ciò è tutto; potrebbero facilmente praticarsi gl'inganni, le frodi verso le persone deboli o troppo di buona fede, e specialmente verso i minori, mediante una falsa data apposta all'atto per farlo credere come fatto nella sua età maggiore. Queste frodi indubitatamente non sempre riuscirebbero, ma riuscirebbero al certo in molti casi; or esse sono da temersi meno quando l'atto enuncii una falsa causa, perchè avvi possibilità ed anche facilità per colui che sottoscrive di provare la falsità di questa causa, mentrechè gli è per così dire impossibile di provare la mancanza di causa reale quando l' to non ne enuncii alcuna.

Toullier (1), che è di opinione contraria alla nostra su tal punto (2), così si esprime sulla quistione:

---

(1) Tomo VI, n.° 175.

(2) Pigeau e Delvincourt sono del nostro parere, e nella facoltà di Parigi s'insegna generalmente questa dottrina.

« Se non può sussistere obbligazione senza una
« causa onesta e lecita, non è necessario, sotto pe-
« na di nullità, che si esprima questa causa. Le
« leggi romane richiedevano che la mancanza di
« enunciazione della causa in un biglietto imponesse
« l'obbligo della pruova di esservi una causa vera
« e legittima alla persona a cui vantaggio erasi sot-
« toscritto. Così dichiara la l. 25, §. ult., ff. *de pro-
« bat.*, adottata dal dritto canonico, cap. 14, X,
« *de fide instrumentorum.*

« Le opinioni degli autori francesi erano state di-
« scordi su tale quistione, che i tribunali non deci-
« devano sempre nel medesimo modo. Nondimeno
« la giurisprudenza sembrava stabilirsi sull'opinione
« di coloro i quali credono che la mancanza di e-
« nunciazione di causa non rende nulla l'obbliga-
« zione, e che devesi sempre sottointendere una
« causa giusta e sufficiente, allorchè non sia pro-
« vato il contrario.

« Siffatta ragionevole opinione fu elevata a legge
« coll' art. 1132 c. c.=*1086 ll. cc.*, il quale dice
« che la convenzione non è men valida, abbenchè
« la causa non sia espressa. »

Sì, senza dubbio, il detto art. 1132 elevò a legge l'opinione, una volta controvertita, che *la convenzione non è men valida, abbenchè la causa non sia espressa;* ma la quistione non cade su tal punto, e Toullier estende molto la disposizione dell'articolo quando pretende che questo eresse puranche in legge l'opinione, ragionevole a creder suo, *che*

debbesi sempre sottointendere una causa giusta e sufficiente, allorchè non sia provato il contrario.

Questo articolo non dice una parola di ciò, e tuttavolta non ignoravasi la controversia che erasi elevata su tal punto particolare: il silenzio dell' articolo è al contrario sfavorevole al possessore dell'atto.

Non si perda di mira del resto, che non ragioniamo nella ipotesi in cui quest'atto dicesse *dichiaro di dovere*..., ma in quella in cui dica semplicemente, *sborserò, pagherò, prometto di pagare*, senz'altra spiegazione, e sia sottoscritto da un negoziante. Or in tale supposizione sostenghiamo che spetti al creditore il provare che l'obbligazione ha una causa, perchè egli è attore, e perchè il suo titolo non prova per sè stesso la causa del debito.

Toullier pretende altronde che la causa si presume col solo fatto dell' obbligazione, e per conseguenza che il creditore è dispensato dal provarla, perchè, egli dice, chi ha a suo favore una presunzione della legge è dispensato da ogni altra pruova; art. 1352 c. c.=*1306 ll. cc.* Noi neghiamo questa pretesa presunzione.

In fatti l'art. 1131 c. c.=*1085 ll. cc.* dice che l'obbligazione senza causa è nulla: non si limita a dire che l'obbligazione sopra una falsa causa è nulla, ma annulla indistintamente l'una e l'altra. Or il convenuto invoca questo articolo. In verità l'articolo seguente dice che la convenzione non è men valida, abbenchè la causa non vi sia espressa. Ma chi mai argomenta da tale disposizione? il posses-

sore dell'atto: dunque ei deve provare che, sebbene il suo titolo non enuncii alcuna causa, ne ha tuttavolta una realmente; imperocchè è necessaria sempre una causa, ed una causa lecita, espressa o pur no. Rinvenghiamo nell' atto la pruova del consenso, ma non quella della causa, poichè esso non ne fa menzione, ed in fatti è possibile che non ve ne abbia. Or la legge richiede la causa ugualmente che il consenso (art. 1108 e 1131 c. c. = *1062 e 1085 ll. cc.*); dunque essa dev' essere del pari provata, poichè chiunque dimanda l'esecuzione di un'obbligazione deve giustificare la sua esistenza (art. 1215 c. c.=*1168 ll. cc*), e per conseguenza tuttociò che la costituisce.

No, la presunzione di cui parla Toullier non è scritta nella legge, pel caso in cui nessuna specie di causa sia enunciata nell' atto, e si tratti dell'obbligazione di persona non negoziante; piuttosto dalla combinazione degli art. 1131 e 1132 c. c.=*1085 e 1086 ll. cc.* risulta la presunzione contraria.

Udiamo gli oratori che parlarono su questi articoli nel Consiglio di Stato.

« Un cittadino, dice Bigot-Preameneu, *dichiara* « *di dovere* una somma, senza enunciare la causa del « debito: la sua obbligazione è valida, perchè la « dichiarazione *che deve*, fa *presumere* che vi sia « una causa. La volontà di obbligarsi dovè in fatti « sostenersi sopra un motivo. Nondimeno se vera- « mente non avvene alcuno, è ammesso a provarlo « ed a far cessare la presunzione. »

Treillard prende la parola e dice « che coloro i « quali sono usi alle regole del dritto concepiscono « benissimo che vi esistono obbligazioni senza cause « (specialmente espresse). Per esempio, se io dico: « *Debbo a Pietro*, si suppone che una causa de- « terminò la mia dichiarazione; che ricevetti il va- « lore di ciò che mi obbligo di restituire, o che « debbo effettivamente per una ragione qualunque. « Se dico al contrario: *Pagherò a Pietro la som-* « *ma di....*, non avvi *causa presunta*, perchè non « mi son dichiarato debitore. »

Quindi avvi presunzione nel primo caso, ma non nel secondo.

Tal' è, crediamo, il vero spirito della legge.

Se Toullier avesse limitata al primo caso la presunzione che crede risultare dall'art. 1132 c. c. = *1086 ll. cc.*, saremmo del suo parere; ma la sua opinione su tal punto è generale, anzi troppo generale.

356. Del resto il creditore potrà provare la causa dell'obbligazione anche con testimoni, abbenchè la somma eccedesse centocinquanta franchi, attesochè l'atto, sebbene non istabilendo *presunzione* di dritto del debito, rende nondimeno *verisimile* il fatto allegato, per cui un principio di pruova per iscritto è quello che rende applicabile l'art. 1347 c. c. = *1301. ll. cc.*

357. Ma quando l'atto esprime specialmente la causa del debito, o pure contenga semplicemente la ricognizione *del debito*, siccome la pruova che vuol

fare il convenuto, che la causa è falsa o che il debito tuttavia non ha causa, non ostante le parole *dichiaro di dovere*, è contraria al *contenuto* nell'atto, la pruova testimoniale per massima non può ammettersi; art. 1341 c. c.=*1295 ll. cc.* Lo è tuttavolta mediante un principio di pruova scritta, uniformemente all'art. 1347 c. c.=*1301 ll. cc.*, il quale dicendo « le regole esposte di sopra ammettono « eccezione quando esiste un principio di pruova « scritturale », fa per conseguenza eccezione all'art. 1341 c. c.=*1295 ll. cc.*, una di tali regole, ed anche la principale.

358. Il giuramento può esser puranche deferito al convenuto il quale pretende, quando l'obbligazione non abbia alcuna causa espressa, che neppure ne ha alcuna in realtà; o all'attore, se il convenuto pretenda che la causa espressa sia falsa, o che non ostante le parole *dichiaro di dovere*, che si trovano nell'atto, non avvi veramente alcuna causa; art. 1358 c. c.=*1312 ll. cc.* L'interrogatorio su fatti e loro circostanze è puranche una via che reciprocamente potranno usare le parti; art. 324 c. pr.=*418 ll. pr. civ.*

359. Circa alla donazione o ai legati fatti per una falsa causa, il dritto romano dichiara per massima che non sono men validi, *quia ratio legandi legato non cohæret* (1); ma accorda nondimeno l'ecce-

(1) L. 72, §. 6, ff. *de condit. et demonst.*; l. 52, e l. 65, § 2, ff. *de condit. indeb.*

zione per dispensarsi dall'eseguirli allorchè sia dimostrato che non furon fatti se non nella persuasione di una causa che non esisteva (1).

Si risolverebbe ugualmente vigente il nostro dritto, come il dicemmo nel tomo VIII, n.° 546 e 547, e nel tomo IX, n.° 337 e 338.

360. La condizione sotto la quale sia formata una convenzione può mai far le veci di causa allorchè si verifichi?

Nelle promesse unilaterali non fatte nella forma delle donazioni tra vivi, la condizione non fa le veci di causa allorchè sia di un fatto indifferente per chi promette, o pure essendo di un avvenimento che lo interessa, non sia lo stipulante quello il quale fa verificare tale avvenimento. Per esempio, se senza nulla dovervi nè senza nulla dover ricevere da voi, vi prometto la somma di mille franchi ove vi sia in quest' anno un' ecclissi lunare, è chiaro che la mia promessa è soltanto una donazione condizionale, per la cui validità in conseguenza dovrebbero osservarsi le formalità prescritte per gli atti contenenti donazione. Ciò è vie più evidente se la condizione sia di non fare una cosa impossibile, per esempio se *voi non toccate il Cielo col dito;* giacchè allora si considera scritta, e la promessa è pura e semplice; art. 1173 c. c. = *1126 ll. cc.*

Or è nulla come obbligazione ordinaria, per man-

(1) Medesima l. 72, §. 6, che così stabilisce pe' legati, e la ragione è la medesima per la donazione.

canza di causa, e nulla come donazione, per mancanza di forme.

Se fosse diversamente, si comprende che la legge la quale prescrive formalità particolari per gli atti contenenti donazione diverrebbe illusoria, per la facilità che si avrebbe di fare liberalità anche con atto in iscrittura privata, ponendo in vece della causa una condizione il cui avveramento fosse sì probabile che potrebbe riguardarsi come certo.

Cuiacio e Gotofredo, sulla l. 108, ff. *de verb. oblig.*, dicono, al par di noi, che la condizione non fa le veci di causa; ma sostengono nondimeno che l'obbligazione non sia men valida, perchè, essi dichiarano, è contratta *animo donandi* (1). Ma tale opinione, incontrastabile nei principii del dritto romano, secondo i quali le donazioni non erano soggette ad alcuna formalità, eccettochè quella dell'insinuazione, ed anche sol quando eccedessero 500 *soldi*, non può ammettersi nella nostra legislazione, la quale richiede, perchè sia valido un atto contenente donazione e produca una efficace azione, che siasi fatto innanzi notai con minuta, e che la donazione sia stata espressamente accettata; art. 931 e 932 c. c.=*855 e 856 ll. cc.* La promessa di cui si tratta riman dunque nei termini di un' obbligazione ordinaria, ed è nulla per mancanza di causa, non ostante la condizione verificata.

Ma allorchè, indipendentemente dalla condizio-

---

(1) *V.* puranche le ll. 7 e 8, ff. del medesimo titolo *de verb. oblig.*

ne, la convenzione abbia una causa, come in tutti i casi di contratti sinallagmatici, in cui la causa dell'obbligazione di una delle parti è ciocchè l' altra deve fare per essa, non avvi più dubbio, perchè allora la condizione non è più che una semplice *modalità* della convenzione, una cosa accidentale; mentrechè nelle obbligazioni unilaterali, figurerebbe nel contratto come una cosa essenziale, se facesse le veci di causa.

561. L' obbligazione contratta sol per effetto di un errore di dritto, quando altronde non vi sia alcuna causa derivante dall' equità o dal dritto naturale che abbia costretto la parte ad obbligarsi, è nulla per mancanza di causa o per errore, come sopra si disse, n.° 127 e seguenti.

562. Le convenzioni che han soltanto una causa illecita sono nulle come quelle che non hanno causa veruna, e la causa è illecita quando sia proibita dalla legge ovvero quando è contraria al buon costume o all' ordine pubblico; art. 1131 e 1133 c. c.=*1085 e 1087 ll. cc.*

563. Tuttavolta la *causa* illecita espressa in una donazione o in un legato non li vizierebbe; sarebbe considerata non iscritta. Per esempio, se dono o lego a Paolo la tale cosa, dichiarando che ciò è perchè scacciò la propria moglie da sua casa, o per qualunque altra causa egualmente contraria al buon costume, la donazione o il legato non sono meno validi.

Avvien lo stesso del legato fatto sotto la condizio-

ne che il legatario farà qualche cosa contraria alle leggi o al buon costume: la condizione si considera non iscritta; art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*

364. Riguardo alla donazione tra vivi fatta puranche sotto la *condizione* di far qualche cosa contraria alle leggi o al buon costume, l'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.* dice per massima che simile condizione si considera non iscritta, come nei legati; ma secondo il dicemmo nel tomo VIII, n.° 100 a 111 inclusivamente, importa di ben distinguere quale potè essere l'intenzione delle parti. Se non ebbero altro scopo che di formare un contratto oneroso per un motivo turpe e criminoso, la forma da essi scelta degli atti contenenti donazione non salverà la nullità, in dispregio degli art. 1131 e 1178 c. c. = *1085 e 1131 ll. cc.* Ma se quello che si obbligò volle fare effettivamente una *donazione;* se non ebbe unicamente per iscopo di spingere qualcuno al reato o a fare una cosa turpe coll'adescamento di un guadagno, l'atto si considererà come donazione, ed a tal titolo sarà valido non ostante la condizione contraria alle leggi o al buon costume che avesse imposta al donatario, perchè allora sarebbe soltanto applicabile l'art. 900 c. c. = *816 ll. cc.*

365. Se dunque, eccetto il caso di donazione, vi prometto una data somma perchè vi separiate da vostra moglie, o perchè mi vendichiate di un tale, ch'è mio nemico, la promessa in questi ed altri simili casi è nulla, come non essendo fondata se non sopra una causa illecita: donde si scorge che

quante volte l'oggetto dell'obbligazione di una delle parti sia illecito, la causa dell'obbligazione dell'altra è illecita puranche e per conseguenza che il contratto è nullo sotto doppio rapporto.

366. Talune volte nondimeno la causa dell'obbligazione di una delle parti è illecita senza che lo sia l'oggetto dell'obbligazione dell'altra: tal è il caso in cui vi obbligate a restituirmi un deposito che mio padre vi affidò senz'averne ricevuto una dichiarazione, ed esigete dal mio canto una promessa di pagarvi per questo una data somma.... L'oggetto di tale obbligazione, la restituzione del deposito, è lecitissimo, ma la causa della mia obbligazione di pagarvi la somma è illecita (1), non certamente a mio riguardo, ma riguardo a voi, che esigeste una promessa per fare ciocchè l'equità ed il dritto vi obbligavano a fare senz'alcuna retribuzione.

367. La promessa fatta ad una donna per obbligarla a vivere in concubinato con chi la fece, o per ragione del concubinato già esistente, è fondata sopra una causa contraria al buon costume, e per conseguenza è nulla.

368. Ma la donazione in debita forma fatta tra persone che si pretendesse vivere o esser vissute in concubinato, e come non avente avuto altra causa che il concubinato medesimo, non sarebbe perciò nulla (2), attesochè le donazioni in debita forma

(1) L. 2, §. 1, ff. *de condict. ob turpem caus.*
(2) *V.* tomo VIII, n.° 212.

non han bisogno di esser fondate sopra una causa qualunque, e tuttociò che potrebbesi dire nella specie è che quella di cui si tratta non ha causa alcuna.

569. La promessa fatta da taluno ad un tutore o ad un dato parente, per ottenere la mano di una minore, sarebbe nulla come fondata sopra una causa contraria al buon costume.

E, secondo il dicemmo più sopra, n.° 519 e seguenti, convien puranche riguardare come nulla la promessa fatta tra parenti di congiungere in matrimonio i loro figli, sotto pena di pagare una data somma in caso di rifiuto. Simile promessa fatta tra i figli medesimi è parimenti nulla. Il matrimonio deve contrarsi in libero modo, e la clausola penale (o *disdetta*) convenuta per tale oggetto è senza causa ammessa dalla legge; lo che non impedisce del resto che se, per ragione della promessa, una delle parti o la sua famiglia abbia fatto spese, o per ottenere dispense dalla chiesa, o per donativi di nozze o altra simile causa, possa dimandare una indennità a tal uopo, attesochè le spese sono state fatte avuti in mira interessi comuni alle due parti, ed è giusto che vengano sofferte da quella la quale le rende inutili.

570. La legge non accorda alcuna azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa (art. 1965 c. c. = *1837 ll. cc.*), eccettochè pe' giuochi proprii ad esercitare il maneggio delle armi, le corse a piedi o a cavallo, quelle de' carri, il giuoco della palla ed altri di tal natura, che contribuiscono alla destrezza ed all'esercizio del corpo; art. 1966

c. c. = *1838 ll. cc.* Nondimeno il tribunale potrà rigettare la dimanda, qualora la somma gli sembri eccessiva; *ibid.*

Ciò posto, i biglietti o promesse che non hanno altra causa se non uno di questi giuochi pe' quali la legge non accorda veruna azione, mancano di causa certa, e come tali sono nulli.

Nè devesi distinguere se da principio la scommessa fu de' biglietti medesimi, o se i biglietti furon fatti immediatamente dopo la perdita della somma, o anche se il furono molti giorni dopo: in qualunque caso mancano di causa lecita.

Sono ugualmente nulli non ostante la causa simulata che si fosse inserita, come avvien quasi sempre in simile caso; e la falsità della causa espressa può non solamente provarsi colla confessione del possessore del titolo, o col suo rifiuto di prestare il giuramento, ma ancora mediante testimoni, abbenchè non vi fosse alcun principio di pruova per iscritto.

L'ordinanza del 1629 il diceva espressamente coi suoi art. 138 e 140, derogando a tal riguardo alle regole ordinarie sulla pruova testimoniale. Nel Repertorio di Merlin alla parola *giuoco* si rinvengono due decisioni, una del Parlamento di Bretagna, del 12 maggio 1671, l'altra del Parlamento di Parigi del 30 luglio 1693, che così giudicarono, e che stabilirono per massima, di non potersi in simile materia applicare la regola prescritta coll' ordinanza di Moulins, e poscia coll' ordinanza del 1667, (e riprodotta

nell'art. 1341 c. c. = *1295 ll. cc.*), di non ammettersi veruna pruova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto degli atti.

Veramente nella causa giudicata dalla prima di queste decisioni il convenuto allegava fatti di frode e di ladrocinio; ma non sembra che la pruova testimoniale fosse stata ammessa per tale motivo. Nella seconda specie d'Aguesseau, avvocato generale, dice che le disposizioni dell'ordinanza del 1629 erano assolute; che derogavano evidentemente alle regole sulle pruove testimoniali, e che non dovevasi distinguere tra i maggiori ed i minori, come volevasi fare. Ed in un'altra specie si giudicò che neppure dovevasi fare alcuna distinzione tra i cedenti ed i cessionarii de' biglietti pagabili *ad ordine*, sottoscritti per debito di giuoco, allorchè i cessionarii abbiano conosciuto la vera causa del debito; e si obbligò il cessionario ad affermare con giuramento che lo ignorava allorchè ricevè il biglietto, quand'anche l'avesse egli ricevuto in cambio di valute effettive.

Dovrebbe essere lo stesso vigente il Codice, giacchè non sembra che s'intese derogare alle massime ammesse in tal materia nell'antica giurisprudenza.

E dacchè, giusta l'art. 1967 c. c. = *1839 ll. cc.*, il perdente non può in alcun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa; e dacchè il pagamento di un'obbligazione naturale volontariamente soddisfatta non è soggetto a ripetizione (art. 1235 c. c. = *1188 ll. cc.*), non

bisogna conchiuderne che i biglietti sottoscritti posteriormente per un debito di giuoco sieno validi, come aventi una causa naturale, di cui si volle fare un debito civile col mezzo della novazione. Imperocchè il giuoco, quando esce dai limiti di un semplice divertimento, quando sia l'oggetto di una interessata speculazione, è di sua natura contrario all'amore del prossimo, poichè non può giovare ad uno de' giuocatori che impoverendo l'altro; lo che si oppone al dritto naturale, il quale c'impone di essere utili a'nostri simili, lungi dal cercare di privarli di ciocchè hanno (1). Se la legge vieta la ripetizione di ciocchè fu volontariamente pagato, è per altri motivi; è specialmente perchè le due parti giuocando erano ugualmente in colpa, ed *in pari causa, melior est causa possessoris.* Quindi non v'è azione per ottenere il pagamento, e non avvene ugualmente per dimandare ciocchè fu pagato, ammenochè il vincitore non abbia aggiunto dolo o furto al fallo di aver giuocato; ma è perchè allora le parti non sono più *in pari causa.* Le leggi romane scorgevano sì poco un' obbligazione naturale propriamente detta nel giuoco chiamato *grosso giuoco*, che accordavano la ripetizione, anche durante cinquant'anni, a chi avesse pagato in esecuzione della convenzione del giuoco (2); mentrechè il pagamento di un'obbligazione naturale non

(1) Merlin, *Repertorio*, alla parola *giuoco*, considera puranche il *grosso giuoco* sotto tale aspetto.

(2) *V.* le leggi del titolo del Codice *de alcatoribus.*

era soggetto a ripetizione, quand' anche fosse stato fatto per errore (1).

571. In generale non puossi confermare o ratificare con alcun atto tra vivi un' obbligazione senza causa, o sopra una falsa causa, quando non avvene una effettiva, attesochè lo stesso atto confermativo sarebbe puranche senza causa. « Una idea vera e « semplice, diceva Favard de Langlade, nel suo « rapporto al Tribunato sulla legge riguardante « *i contratti o obbligazioni convenzionali in ge-* « *nerale*; una idea vera e semplice è che non si « può confermare e ratificare se non ciocchè real- « mente esistette, abbenchè mancante di forza per « qualche vizio. Da ciò emerge che non si può in « alcun modo confermare o ratificare pretese ob- « bligazioni di cui la legge non mai riconobbe l'e- « sistenza........ La legge dichiarò che non poteva « esservi convenzione senza oggetto o senza causa « lecita: in tal caso dunque non può esservi luogo « a ratifica; ma in tutti i casi in cui l' obbligato « avesse semplicemente la facoltà di proporre una « eccezione, se rinunzii al dritto di proporla, l'ob- « bligazione rimane valida. »

Si rinviene la medesima dottrina nel discorso del Tribuno Mouricault al Corpo legislativo: « Riguardo, « egli dice, alla conferma o ratificazione, essa non « può giammai render valide le convenzioni di cui

(1) LL. 1, 15 e 26, §. 12, ff. *de condict. indeb.* combinate, l. 33 §§. 1 e 2; e l. 64, *eodem tit.*

« la legge non riconosce l' esistenza, e che perciò
« non obbligano alcuno: tali sono, come è facile
« di conchiuderlo dalle diverse disposizioni del pro-
« getto insiem combinate, le convenzioni che han-
« no per oggetto una cosa fuori commercio, quelle
« che non han causa, o che ne hanno una falsa,
« ovvero una illecita. Rispetto agli atti che si ha
« soltanto la facoltà d' impugnare per via di nullità
« o di rescissione, e che almeno obbligano una delle
« parti, possono essere utilmente ratificati o confer-
« mati con un nuovo atto valido, non che colla lo-
« ro volontaria esecuzione: tali sono le convenzioni
« alle quali puossi rimproverare l'errore, il dolo o
« la violenza; tali son quelle sottoscritte da inca-
« paci, tali sono finalmente nei casi indicati dalla
« legge quelle che fan soffrire una lesione ad uno
« de' contraenti..... »

372. Ma se colui che si obbligò senza causa o per una causa falsa a pagare una somma o altra cosa mobile, abbia volontariamente e scientemente eseguito la sua promessa, egli non può ripetere ciocchè pagò, attesochè volle *donare*, o almeno debbe considerarsi come avendo inteso fare una donazione: *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est*; l. 53, ff. *de regul. juris*. Or siccome le donazioni di somme o di altri oggetti mobili generalmente posson farsi da mano a mano, senz' atto (1), il pagamento fatto in tal caso è valido come

(1) *V.* nel tomo VIII, n.° 388.

donazione manuale. Tuttociò che potrebbesi dire a favore di chi pagò sapendo di essersi obbligato senza causa o per una causa falsa, e che ora vuol ripetere, è che pagò la cosa senza esservi astretto da alcuna valida obbligazione; ma precisamente con ciò egli volle fare una donazione manuale, e le donazioni di tal natura non sono vietate dalla legge: soltanto allorchè fassi una donazione con atto, essa richiede, perchè quest' atto sia obbligatorio e produca una efficace azione, che sia disteso nella forma da essa a tale effetto prescritta.

Del resto se l'obbligazione riguardante effetti mobili senza causa o fondata sopra una falsa causa non sia stata eseguita che in parte, siffatta esecuzione parziale, abbenchè avesse avuto luogo volontariamente e scientemente, ed in tempo di capacità, non darebbe al possessore dell' atto il dritto di chiedere il rimanente della promessa: imperocchè questo rimanente resterebbe sempre promesso senza causa o per una causa falsa.

Non già che negli altri casi di obbligazioni viziose l' esecuzione parziale non purghi il vizio come l' esecuzione totale, almeno generalmente, secondo il dimostreremo trattando *degli atti confermativi;* ma nelle obbligazioni senza causa, o fondate sopra una causa falsa, se non puossi dimandare ciocchè fu volontariamente pagato, non è per effetto della conferma della promessa, poichè non era capace di esser confermata, ma perchè chi ha pagato

ha voluto *donare;* or non puossi ciò dire se non riguardo a quel che egli pagò (1).

373. Ma siccome le donazioni d'immobili non possono farsi se non con atto rogato innanzi notai, con minuta ed espressa accettazione (2) (art. 931 e 932 c. c. = *855 e 856 ll. cc.*), ne segue che un immobile il quale fosse dato in esecuzione di un contratto nullo per mancanza di causa, o per falsa causa, potrebbe essere ridomandato. Per tal motivo appunto la Corte suprema, riformando una decisione della Corte di Orleans, giudicò con arresto che noi già avemmo occasione di citare (3), nella specie di una donazione d'immobili nulla nella forma ed eseguita volontariamente dal donante, che quest'ultimo aveva potuto rivendicare gl'immobili dalle mani del donatario, non ostante la tradizione da lui volontariamente fattane, attesochè la proprietà non erane uscita dalle sue mani, considerata l'inefficacia di qualunque atto confermativo provveniente dal donante, per riparare i vizii di una donazione nulla nella forma; art. 1339 c. c. = *1293*

(1) *V.* in tal senso la decisione della Corte reale di Parigi del 3 agosto 1811, confermata con arresto di rigetto del 9 giugno 1812 (*Sirey*, 1812, 1, 233), la quale giudicò che l'esecuzione data ad un contratto di rendita costituita *senza causa*, col pagamento di qualche annualità arretrata, non autorizzava il preteso creditore a sostenere che il vizio del contratto si trovasse purgato con questo principio di esecuzione.

(2) Tuttavolta le donazioni fatte per contratto di matrimonio non possono essere impugnate nè dichiarate nulle sotto pretesto della mancanza di accettazione (*espressa*); art. 1087 c. c. = *1042 ll. cc.*

(3) Tomo VIII, n.° 389.

ll. cc. Mentrechè se fosse stata così pagata volontariamente una somma di danaro, tutto induce a credere che l'azione per ripetizione si sarebbe rigettata, per applicazione della precitata regola, *cujus per errorem*, ec., poichè è indubitato che le donazioni di mano a mano di somma o di effetti mobili sono valide anche nel nostro dritto.

374. Del resto circa al pagamento di un'obbligazione fondata sopra una causa illecita o contraria al buon costume, bisogna distinguere.

Se fossero in colpa ambedue le parti, non vi sarebbe azione per chiedere l'esecuzione dell'obbligazione; ma se fosse stata soddisfatta, neanche vi sarebbe luogo a ripetere ciocchè fu pagato (1).

Vie maggiormente se colui che fece la promessa fosse egli solo in causa turpe, non potrebbe ripetere ciò che avesse pagato. Tal'è, secondo Ulpiano, il caso in cui taluno diè danaro ad una meretrice (sia in esecuzione di una promessa, sia senza promessa precedente) (2).

Ma allorchè la causa della promessa non fosse illecita che dal canto di colui a vantaggio del quale venne fatta, ciocchè fu pagato è soggetto a ripetizione, ammenochè dalle circostanze che accompagnarono

---

(1) *Ubi autem dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur,* UT MALE JUDICATUR; l. 3, ff. *de condic. ob turpem vel injust. caus.*

(2) *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non eo quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix;* l. 4, §. 2, ff. *eodem tit.*

di poi il pagamento non apparisca che l' obbligato pagò volontariamente e liberamente, volendo piuttosto far così una liberalità, anzichè liberarsi soltanto dalla sua promessa. Tal' è il caso in cui per restituirmi un deposito mi carpiste un' obbligazione, di cui *chiedeste* in prosieguo l' esecuzione. E viemaggiormente avvi luogo a ripetizione, se senza precedente promessa dal mio canto, voi chiedeste da me qualche cosa per restituirmi tal deposito (1).

375. Trattando dell' azione per nullità o per rescissione, vedremo se, nei casi di adempimento ad un' obbligazione senza causa, o fondata sopra una falsa causa, o sopra una causa illecita, l'azione per ripetizione debba intentarsi entro i dieci anni dal dì del pagamento, come l' azione di nullità debb' esserlo in questo termine, a contare dalle differenti epoche determinate dalla legge; ovvero se duri trent' anni come quella di ripetizione di una cosa pagata la quale non era dovuta sotto qualsivoglia rapporto.

376. Talune volte un' obbligazione è contratta per una causa allora sufficiente, ma che cessa di poi, come può esserlo per una causa che esistette, ma che era cessata nel momento del contratto. Così, quando io convengo con un individuo che mi servirà per un anno, se egli muoia al termine di sei mesi, il contratto si trova disciolto, perchè la causa della mia obbligazione non più sussiste: dovrei

(1) L. 2, §. 1, ff. *de condict. ob turp. caus.*

soltanto pagare il tempo durante il quale ebbero luogo i servizii. Così ancora, allorchè in un contratto di affitto più della metà di una ricolta venga distrutta per caso fortuito, senzachè il fittaiuolo sia stato fatto indenne dalle ricolte precedenti, o che il sia dalle seguenti, può ottenere una diminuzione dell' estaglio, menochè non siasi sottoposto ai casi fortuiti con una espressa stipulazione; art. 1769, 1770 e 1771 c. c. = *1615*, *1616* e *1617 ll. cc.* insiem combinati. Egli in fatti non intese obbligarsi di pagare l' estaglio come fu convenuto, che in considerazione de' frutti; or allorchè non ne raccolga un' annata, o non ne raccolga che meno della metà di un ricolto ordinario, e non sia fatto indenne da altri ricolti, la sua obbligazione addiviene senza causa in tutto o in parte per quest' annata; e se accade diversamente allorchè assunse sopra di sè i casi fortuiti, è perchè l' estaglio fu stabilito in conseguenza di ciò: le parti fecero in talun modo un contratto aleatorio.

577. Tuttocciò che fu pagato per una causa di poi cessata è soggetto a ripetizione. Le leggi romane accordavano in tal caso l' azione chiamata *condictio causa data, causa non secuta* (1); accordavano l' azione chiamata *condictio indebiti* (2) per dimandare ciocchè era stato pagato senza esser dovuto in virtù di alcuna obbligazione anche natu-

(1) *V.* nel Digesto il titolo *de condict. causa data, causa non secuta*, e nel Codice il titolo *de condict. ob causam datorum.*
(2) *V.* nel Digesto e nel Codice il titolo *de condict. indebiti.*

rale; quella detta *condictio sine causa, vel falsa causa*, per dimandare ciocchè erasi pagato giusta una causa specificata, ma che non esisteva, o per dimandare la promessa, il biglietto o qualunque altro titolo cui si fosse acconsentito senza causa (1); infine quella chiamata *condictio ob turpem causam vel injustam causam*, per dimandare ciocchè erasi pagato per una causa vergognosa o ingiusta da parte soltanto di colui che aveva ricevuto (2).

Queste diverse azioni sono più o meno comprese in quella da noi chiamata azione *dell' indebito*, sancita con gli art. 1235 e 1376 a 1381. Avremo ancora in appresso occasione di parlarne.

---

(1) *V.* nel Digesto il titolo *de condict. sine causa*, e nel Codice il titolo *de condict. ex lege, et sine causa, vel injusta causa.*

(2) *V.* infine nel Digesto e nel Codice il titolo *de condict. ob turpem vel injustam causam.*

CAPITOLO III.

Dell' effetto delle obbligazioni.

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

SOMMARIO.

378. *Le convenzioni legalmente contratte hanno forza di legge per coloro che le han fatte.*

379. *Ma è una legge di utilità privata, la cui falsa interpetrazione da parte dei tribunali può soltanto costituire un* mal giudicato.

380. *Tuttavolta quando un tribunale attribuisce ad un contratto le qualità e gli effetti dalla legge attribuiti ad un contratto differente, giusta i fatti riconosciuti veri dal tribunale medesimo, allora avvi violazione della legge generale.*

381. *Le convenzioni si regolano colla legge del giorno in cui esse ebbero luogo.*

382. *Le convenzioni si disciolgono col mutuo consenso delle parti.*

383. *La regola riceve tuttavia qualche eccezione.*

384. *Le convenzioni debbono eseguirsi di buona fede, ed obbligano a tuttociò che richiede l' equità.*

385. *Ed a ciò che dimanda l' uso del paese in cui furon fatte.*

386. *Ed a ciocchè la legge medesima stabilì come dritto comune.*

387. *Passaggio.*

378. Se la legge accorda un' azione (a) per im-

(a) L'azione *ex lege* detta *condictio ex lege* ha propriamente soltanto luogo quando agisce la sola legge, senza che vi sia un con-

pugnare le obbligazioni difettose, richiede da altra banda che quelle formate secondo le regole da essa indicate, e con tutte le condizioni da essa prescritte, sieno fedelmente osservate ed eseguite. « Le con-
« venzioni legalmente formate hanno forza di legge
« per coloro che le han fatte; art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*

« Non possono essere rivocate se non per loro
« scambievole consenso, o per le cause che la leg-
« ge autorizza; *ibid.* »

Ma abbenchè il contratto di società si formi come qualunque altro contratto, mediante scambievole consenso, nondimeno si discioglie per la volontà espressa di uno o più socii di non voler continuare la società (art. 1865 n.° 5 c. c. = *1737 ll. cc.*); perchè lo stato di comunione conservato malgrado uno o più degl' interessati darebbe luogo a controversie ed a liti. È necessario tuttavia che la rinuncia sia fatta in buona fede e non fuori di tempo (art. 1870 c. c. = *1742 ll. cc.*); e la facoltà per ciascun socio di sciogliere la società riguarda soltanto le società la cui durata è senza limite; art. 1869 c. c. = *1741 ll. cc.* Lo scioglimento delle società a tempo determinato non può dimandarsi da uno de' socii prima che sia spirato il termine stabi-

---

tratto, o un atto qualunque, che abbia causa dalla stessa legge, dappoichè allora, secondo la teorica di *Bartolo* nella legge 1, ff. *de cond. ex lege* riportata da Oldendorpio (*Actionum forensium Progymnasmata, class. 4, act. 41.*), si agisce *ex contractu*, e non già *ex lege*. Trad.

lito, se non quando vi fossero de' giusti motivi; art. 1871 c. c. = *1743 ll. cc.*

579. Le convenzioni legalmente formate, diciam noi, hanno forza di legge per coloro che le fecero; ma essendo questa legge d'interesse privato, la violazione, anche manifesta, delle disposizioni di un contratto, non dà adito a cassazione, attesochè la Corte di cassazione fu stabilita per reprimere le violazioni della legge generale, e non potrebbe, riformando il *mal giudicato* de' tribunali, erigersi anch'essa a tribunale di appello.

580. Tuttavolta quando una legge ha determinato la natura e gli effetti di un contratto, come ha fatto riguardo alla vendita, alla società, ec., ed una sentenza in ultima istanza, o una decisione di Corte reale, riconosce che l'atto ad essa sottoposto presenta i fatti i quali, giusta la legge, qualificano esclusivamente la tale o tal altra specie di contratto, e nondimeno siffatta sentenza o decisione fa produrre all'atto effetti e conseguenze che convengono a differente contratto; allora non è stata soltanto violata la legge particolare stabilita dai contraenti, ma la legge generale puranche, la quale aveva determinato anticipatamente la natura e gli effetti della specie di convenzione contratta tra le parti, ed a cui male a proposito se ne sostituì altra di diversa natura (1).

(1) *V.* nel *Repertorio* di Merlin diverse decisioni profferite in conformità di questa ragionevole distinzione tra un semplice *mal giudicato* ed una violazione alla legge generale; v. *Convenzione*, e v. *Società*.

581. Dacchè le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le fecero, ne segue che, come la legge d'interesse generale, non possono avere effetto retroattivo; art. 2 c. c. = 2 *ll. cc.*

Quindi rispetto alle loro forme ed alle loro cause, rispetto alla capacità de' contraenti, alla qualità del contratto, alla natura della cosa promessa, alla pruova della loro esistenza; in somma rispetto a tuttociò che riguarda la loro formazione, la loro natura, i loro effetti, le convenzioni sono regolate dalla legge del giorno in cui furon fatte, anche quando le obbligazioni che ne risultano fossero sospese da una condizione; imperocchè la condizione verificata ha un effetto retroattivo al giorno del contratto; 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*

Per estimar dunque gli effetti del contratto bisognerà ricorrer sempre alla legge del tempo e del luogo in cui esso fu fatto, in guisa che una nuova legge non potrebbe nè estenderli, nè diminuirli.

Diciam pure che dobbiamo riguardare la legge *del luogo* in cui fu fatto il contratto, perchè nel silenzio delle parti si reputa che esse abbiano voluto contrattare secondo la legge del luogo in cui stipulano. Il Codice elevò a legge questa massima di dritto e di ragione nell'art. 1159 c. c. = *1112 ll. cc.*

582. Siccome le convenzioni si formano col consenso delle parti, possono essere per la medesima ragione distrutte o rivocate da un contrario mutuo consenso, secondo la regola di dritto: *Quo modo*

res colligatæ fuerunt, eodem modo dissolvi possunt.

383. Nondimeno ciò non è vero in tutti i casi. Così il matrimonio, che si forma pure col consenso delle parti, non può sciogliersi col loro contrario consenso, oggidì ch'è abolito il divorzio.

Così ancora i coniugi non possono, *durante il matrimonio*, rinunziare agli effetti delle loro convenzioni matrimoniali, poichè sarebbe apportarvi cangiamenti, e non è permesso di apportarvene dopo la celebrazione (art. 1395 c. c.=*1349 ll. cc.*); salvo ad essi il dritto di farsi, mediante donazione o testamento, vantaggi autorizzati dalla legge.

Vi sono ancora talune altre eccezioni alla regola che le parti possono per mutuo consenso sciogliere la convenzione da esse fatta; ma è sempre o perchè l'utile pubblico ne soffrirebbe, o perchè i loro figli o altre persone acquistarono un dritto per effetto della convenzione, e che non puossi ad essi togliere: come nel caso di una donazione di beni futuri fatta puranche a vantaggio de' figli da nascere dal matrimonio (art. 1082 c. c.=*1038 ll. cc.*), o di una donazione fatta con peso di conservare e restituire ai figli del donatario.

Del resto lo scioglimento delle convenzioni mediante mutuo consenso delle parti essendo nel numero de' modi con cui si sciolgono le obbligazioni, ne parleremo in appresso, ed esamineremo gli effetti di tal modo di estinzione de' contratti, combinandoli colla regola che oggidì la proprietà si tra-

sferisce col solo consenso, senza bisogno di alcuna tradizione; art. 1138 c. c.=*1092 ll. cc.*

384. Le convenzioni debbono essere eseguite in buona fede, ed obbligano non solo a ciocchè vi si è espresso, ma benanche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono alla obbligazione secondo la sua natura; art. 1134 e 1135 c. c.=*1088 e 1089 ll. cc.*

Così, un venditore deve consegnare al compratore non solo i titoli che gli assicurano la proprietà, ma ancora gli altri titoli relativi alla cosa venduta, se ne avesse, e che senza essere a lui utili potrebbero esserlo a questo compratore, stabilendo talune circostanze, o rammentando talune memorie che dessero un prezzo alla cosa. È questa una conseguenza che l'*equità* dà alla convenzione secondo la sua natura.

385. In conseguenza dell'*uso*, per esempio, a Parigi l'inquilino di un appartamento ha una dilazione di molti giorni (1) trascorso il termine, per fare il suo sloggiamento, quando anche fosse entrato in godimento il primo giorno del termine; e senza che debba per ciò un aumento di prezzo.

Nella maggior parte de' casi l'uso è fondato sull'equità; ma ve ne son pure in cui l'equità non si mostra ancora evidentemente a tutti; per cui l'art. 1135 c. c.=*1089 ll. cc.* non fa una vana ripetizione dicendo che « le convenzioni obbligano a

(1) E che varia in ragione dell'importanza della locazione.

« tutte le conseguenze che l' equità E l' uso attri-
« buiscono all' obbligazione secondo la sua na-
» tura. »

386. Non solo per conseguenza dell' equità, ma ancora per effetto della disposizione della LEGGE, è il venditore tenuto a garantire il compratore evinto, abbenchè nulla siasi espresso sopra tale oggetto nel contratto di vendita; art. 1626 c. c.=*1472 ll. cc.;*

Si fa tra il locatore ed il conduttore di una casa, o di un fondo rustico, una tacita riconduzione colla continuazione di godimento del conduttore, senza opposizione da parte del locatore; art. 1759 e 1776 c. c.=*1605 e 1622 ll. cc.;*

Chi promise una servitù si presume di aver accordato tuttociò ch'è necessario per usarne; art. 696 c. c.=*617 ll. cc.;*

Chi fa da fideiussore semplicemente e senz' alcuna restrizione in una obbligazione, vien reputato aver prestata fideiussione per tutte le conseguenze naturali e legali di tale obbligazione; art. 2016 c. c.=*1888 ll. cc.;*

Chi promette di dare o consegnare una cosa, si considera obbligarsi di usare per la conservazione di questa cosa tutta la cura di un buon padre di famiglia; art. 1137 c. c.=*1091 ll. cc.*

Si moltiplicherebbero all' infinito gli esempii; ma benchè tutti questi casi si sarebbero potuto decidere colle sole regole dell' equità, nondimeno lo sono espressamente pure dalla legge; e bisogna gioirne, poichè meno essa lascia latitudine all' arbitrio del

giudice, meno rimane casi ai dubbii ed alle incertezze di lui, più è perfetta.

Pur tuttavolta non potè prevederli tutti, giacchè, come fu detto, « I legislatori non sono numi; ma « almeno i giudici sono uomini; ed a questo titolo « i lumi della ragion naturale possono guidarli nei « casi oscuri, difficili e riguardo ai quali la legge « fosse muta o insufficiente. »

387. Consistendo le obbligazioni in dare qualche cosa, ovvero in fare o non far qualche cosa (art. 1101 c. c.=*1055 ll. cc.*), tratteremo degli effetti di ciascuna specie in particolare.

SEZIONE II.

Dell'obbligazione di dare.

SOMMARIO.

388. *Divisione della sezione.*

388. In un primo paragrafo parleremo dell'obbligazione di *dare*, considerata per riguardo al debitore, e della vigilanza ch'egli deve porre in conservare la cosa promessa;

In un secondo, dell'effetto dell'obbligazione di dare per rapporto al creditore;

Ed in un terzo, della costituzione in mora del debitore.

§. I.

Dell'obbligazione di dare, considerata per riguardo al debitore, e della vigilanza ch' egli deve porre in conservare la cosa promessa.

SOMMARIO.

389. L'obbligazione di dare una cosa include quella di consegnarla e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena del risarcimento de'danni e degl'interessi verso il creditore; art. 1136 c. c.=*1090 ll. cc.*

Qui la parola *dare* va intesa, non nel senso di liberalità, ma in quello della parola latina *dare*, cioè *accipientis facere; §. sic itaque, 14 Instit. de Actionibus*. L'obbligazione del debitore non è di fare un rilascio come quello che avviene nel caso di locazione, di comodato o di pegno, o altri contratti che hanno semplicemente per iscopo il godimento, l'uso o il possesso della cosa; ma è di fare un rilascio con quest' effetto che il creditore, divenuto proprietario, possa disporre della cosa come meglio gli piacerà, salvo l'effetto delle clausole o condizioni risolutive, se avvene. Vedremo del resto con maggior precisione nel paragrafo seguente qual sia l'effetto dell'obbligazione di dare per ciocchè ri-

guarda il trasferimento di proprietà a vantaggio del creditore.

590. L' obbligazione di rilasciar gl' immobili è adempita da parte del venditore, o di qualunque altro debitore d' immobili, quando abbia dato le chiavi, se si tratti di un edifizio, o quando abbia consegnato i titoli di proprietà, qualunque sia la natura dello stabile (1); art. 1140 e 1605 c. c.= *1094 e 1451 ll. cc.* insiem combinati (a).

---

(1) Nondimeno, circa alle rendite sullo Stato ed alle azioni sul Banco di Francia che siensi immobilizzate, non se ne opera il trasferimento colla sola consegnazione del titolo, ma con una iscrizione sui registri, certificata da un agente di cambio.

(a) Appresso noi il sistema pratico dell' acquisto e passaggio delle iscrizioni sul debito pubblico è il seguente:

1. Il Governo non si dichiara debitore di alcuna somma capitale, ma di una determinata quantità di *rendita*, della quale promette il *godimento* fino all' estinzione del debito.

2. Il capitale ricevuto dal Governo a fronte della rendita promessa debbe risultare dal prezzo che la pubblica opinione manifestata dal *corso della borsa* assegna ad *ogni ducati cinque di annua rendita*; in guisa che se il corso di borsa segni il prezzo di 80, 90, 100, riceve tante volte la somma di 80, 90, 100, per quanti annui ducati cinque ha promesso.

3. Tale rendita si paga per metà in ciascun semestre, principiando il *godimento* del primo dal mese di gennaio, e dell'altro dal mese di luglio di ogni anno.

4. Il Governo registra siffatta obbligazione in un *Libro*, dal quale si rilasciano tanti *estratti* della seguita *inscrizione* rappresentanti valori più o meno grandi di *rendita*. Tali *estratti* sono titoli legali ed autentici, che indicano la quantità della *rendita inscritta sul Gran libro*, che appartiene al capitalista.

5. La rendita risultante dai detti estratti si mette nel mercato della borsa come ogni effetto commerciabile, al pari della lettera di cambio e di ogni altra carta o moneta, non essendo la detta rendita soggetta a sequestro. Tale rendita si aliena, o colla consegnazione di *certificati*

391. E secondo l'art. 1606 c. c.=*1452 ll. cc.*, la tradizione delle cose mobili si compie:

O colla tradizione reale;

O col consegnare le chiavi degli edifizii ove si conservano, o anche col solo consenso delle parti, se la traslazione non può eseguirsi nel tempo della vendita, o pure se il compratore le aveva già in suo potere per altro titolo.

392. La cessione di un credito, di un dritto, o di un' azione contra di un terzo, si esegue tra il cedente ed il cessionario colla consegnazione del titolo; art. 1689 c. c.=*1535 ll. cc.*

Ma, secondo l'art. 1690 c. c.=*1536 ll. cc.*, il dritto del cessionario, rispettivamente al terzo, non comincia se non quando denunzia al debitore la cessione, o quando il debitore abbia accettato la cessione con un atto autentico (1).

393. L'obbligazione di dare differisce in un punto essenziale dall' obbligazione di fare o non far qualche cosa, senza parlare delle altre differenze che si possono notare tra queste due specie di obbligazioni, e che noi contraddistingueremo in appresso.

---

concepiti colla formola di esser pagabili al *portatore*, che si rilasciano soltanto dalle così dette *Amministrazioni delle rendite Napolitane*, o col mezzo del *trasferimento*, facendosene la *liquidazione* dagli *agenti di cambio* alla fine di ciascun mese, o mediante una *dichiarazione* che si fa dal venditore sui registri del *Gran libro* coll'assistenza dell'agente di cambio. In questo caso dal *Gran libro* si ritiene l' estratto di rendita precedentemente rilasciato, dandosene un altro col quale si riconosce un novello creditore. Trad.

(1) Nondimeno dovremo in prosieguo osservar qualche cosa su questa disposizione.

Ogni obbligazione di fare o non fare, nel caso che il debitore non adempia, si risolve nel risarcimento de' danni ed interessi; art. 1142 c. c. = *1096 ll. cc.* Questa regola ha per fondamento la libertà delle persone e delle azioni: *nemo ad factum precise cogi potest.* Soltanto il creditore ha dritto di domandare che sia distrutto ciocchè si fosse fatto in contravvenzione della obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, senza pregiudizio de' danni ed interessi, se competano; art. 1143 c. c.=*1097 ll. cc.* Nel caso d'inadempimento può ugualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione a spese del debitore; art. 1144 c. c.=*1098 ll. cc.*

Al contrario nell'obbligazione di dare una data cosa, siccome quest'obbligazione include quella di *consegnare* la cosa (art. 1136 c. c.=*1090 ll. cc.*), il creditore ha dritto di richiedere questa medesima cosa, ed il debitore non si libera offrendogliene il valore a titolo di danni ed interessi: la cosa spetta attualmente al creditore (art. 1138 c. c.=*1092 ll. cc.*), il quale non può esser costretto a cederla o abbandonarla, se non per causa di pubblica utilità, e mediante una giusta e preventiva indennità; art. 545 c. c.=*470 ll. cc.* Ogni qualvolta dunque potrà il creditore farsi rilasciar la cosa per le vie di dritto, anche *manu militari*, potrà con ciò pure richiedere che gli sia consegnata, e la giustizia dovrà ciò ordinare; giacchè l'obbligazione del debitore non è una di quelle che si chiamano *alter-*

native, nè di quelle che diconsi *facoltative*, e di cui parleremo in prosieguo: essa è determinata alla cosa promessa; questa sola cosa è dovuta e deve in conseguenza essere rilasciata.

Ma quando si tratterà di una cosa mobile che il debitore nasconderà o si negherà a consegnare, come un diamante, allora il creditore sarà forzato di ricorrere ad una condanna per danni ed interessi; ed a questo titolo potrà conchiudere per l'arresto personale, anche in materia civile, se il danno sia almeno di 300 franchi; art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.* Ma il debitore non avrà adempita la sua obbligazione come doveva adempierla: avrà ritenuta una cosa che più non gli apparteneva.

394. Non solamente nelle obbligazioni di dare il debitore, per massima, può essere costretto a consegnar la cosa; ma parimenti in quelle che han per oggetto il semplice uso o il semplice godimento della cosa. Così per esempio, nella locazione il locatore può esser costretto di porre in godimento il fittaiuolo, e non si libererebbe dalla sua obbligazione offrendogli una indennità o danni ed interesse. La sua obbligazione non è semplicemente di *fare*, ma anche di *consegnare*; ed altronde potendo il creditore farla eseguire senza restringere la libertà personale del debitore, l'art. 1142 c. c. = *1096 ll. cc.* gli darebbe il dritto di dimandare ai tribunali che sia egli posto in godimento, *etiam manu militari*.

395. Si è molto disputato intorno alla quistione

se nelle antiche regole il venditore di un corpo certo fosse precisamente, attesa la natura medesima del contratto di vendita, in obbligo di rilasciare la cosa venduta, quando ciò eragli possibile, e se in caso di suo rifiuto, potesse il compratore farsela consegnare *manu militari*; ovvero se il venditore adempisse sufficientemente la sua obbligazione, offrendo di pagare il valore della cosa, a titolo di danni ed interessi (1). Siccome tal quistione è troncata dalle disposizioni del Codice civile, secondo le quali l'obbligazione di dare include quella di consegnare (art. 1136 c. c.=*1090 ll. cc.*), e la proprietà è trasferita col solo consenso delle parti (art. 1138 c. c.=*1092 ll. cc.*), riguardiamo inutile il discuterla.

396. Secondo il detto art. 1136, l'obbligazione di *dare* include quella di *consegnare* la cosa, e di conservarla sino a che sarà consegnata, sotto pena del risarcimento de' danni ed interessi verso il creditore; ma questo articolo non dice che tale obbligazione include quella di garantire al creditore il libero godimento della cosa, e perciò quella di farlo indenne in caso di evizione.

Ne è semplice il motivo: questo articolo, come l'indica il titolo sotto cui è posto, si applica alle obbligazioni in generale, e non a qualsivoglia obbligazione. Or in ogni obbligazione di dare una cosa, il debitore ben deve consegnarla, e conservarla

(1) *V.* Vinnio, *princip.*, Instit. *de empt. et vendit.*, ed i molti autori ch' egli cita come quelli i quali si dichiararono pro o contra tal quistione.

fino alla tradizione, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi verso il creditore; ma la garantia in caso di evizione non è dovuta in ogni obbligazione: non è dovuta per massima nelle donazioni (1); nè tampoco è dovuta nelle vendite quando sia stata esclusa con una stipulazione (art. 1627 c. c.=*1473 ll. cc.*); e non è dovuta dall'erede ai legatarii di corpi certi (2). Del resto riparleremo spesso della garantia.

397. Giusta l'art. 1137 c. c.=*1091 ll. cc.*, « l'ob-« bligo di vegliare alla conservazione della cosa, « tanto se la conservazione abbia per oggetto sola-« mente l'utilità di una delle parti, quanto se ab-« bia per oggetto la loro utilità comune, sottopone « colui che ne ha il carico ad impiegarvi tutta « la diligenza di un buon padre di famiglia.

« Quest' obbligo è più o meno esteso relativa-« mente a taluni contratti, i di cui effetti a que-« sto riguardo sono spiegati ne' rispettivi titoli. »

398. La prima disposizione di questo articolo par che escluda la teorica degl' interpetri del dritto romano i quali, giusta testi positivi, riconoscevano molte gradazioni nelle colpe, che riconoscevano anche tre specie di colpe: la colpa grave, la colpa media o lieve, e la colpa lievissima, e che distinguono accuratamente in quale specie di contratto o di convenzione sia avvenuta la colpa, esaminando a tal

(1) *V.* tomo VIII, n.° 525 a 532, per la regola e le eccezioni che essa soffre.

(2) *V.* tomo precedente, n.° 253 e seguenti.

riguardo se la convenzione fosse nell' interesse soltanto di una delle parti, o se al contrario fosse per la loro comune utilità; l. 5, §. 2, ff. *commodati vel contra;* l. 18, ff. *de regul. juris* ed altri testi.

Ma la seconda disposizione di questo medesimo articolo ripristina implicitamente siffatta teorica, dicendo che « l' obbligo di vegliare alla conservazione « della cosa è più o meno esteso relativamente a « taluni contratti, i di cui effetti a questo riguar- « do sono spiegati ne' rispettivi titoli. » Imperocchè se essa non ha la medesima estensione in ogni specie di contratto, è pur con ciò un riconoscere che il debitore, nella tale convenzione, può non essere tenuto di una colpa di cui avrebbe potuto essere risponsabile nella tale altra; ed è per questo stesso motivo un riconoscere eziandio che l' obbligo di adoperare nella conservazione della cosa tutte le cure di un buon padre di famiglia ha una misura relativa, o in altri termini, che le cure di un buon padre di famiglia, richieste per massima in tutti i contratti, sono nondimeno richieste ora in più stretto modo, ed or con meno rigore: talmentechè la regola stessa, atteso le restrizioni che vi son fatte nella seconda disposizione di questo art. 1137, non sarebbe altro che la base della teorica di cui pocanzi abbiam parlato, lungi di escluderla, come si è preteso. Spiegamo, e rimembriamo a tal uopo l'antica dottrina sulle colpe commesse nei contratti o altre convenzioni.

399. Secondo le regole del dritto romano che noi

seguivamo generalmente nella nostra antica giurisprudenza per ciò che riguarda i contratti del diritto delle genti, come la vendita, la locazione, la società, il mandato, il deposito, ec., distinguevansi, come abbiam detto, tre specie di colpe, o in altri termini, si riconoscevano tre gradazioni nelle colpe. Lo dimostreremo con testi positivi.

Così, qualificavasi col nome di colpa grave, *lata culpa*, la massima negligenza, *nimia negligentia;* e con ciò i giureconsulti intendevano quella mancanza di discernimento che hanno in generale gli uomini anche meno intelligenti: *id est non intelligere quod omnes intelligunt;* l. 213, §. 2; l. 223, ff. *de verb. signif.* Devesi intender pure per *colpa grave* quella estrema negligenza che ordinariamente è propria degli uomini meno accurati e meno atti a regolare le cose loro.

Et magna negligentia, culpa est; magna culpa, dolus est; l. 226, *eod. tit.* Cioè che la colpa grave è assimilata al dolo circa alla responsabilità di chi l'abbia commessa; l. 1, §. 1, ff. *si mensor falsum modium dixerit.* Ma in materia di misfatti la colpa grave non è equiparata al dolo: *nec in hac lege (cornelia) culpa lata pro dolo accipitur;* l. 7, ff. *ad leg. cornel. de sicariis.* La colpa grave renderebbe responsabile in tutti i contratti, in ogni specie di convenzione; l. 8, §. 3, ff. *de precario.*

400. Chi non adoprava in conservar la cosa dovuta, o in regolar l'affare di cui aveva incarico, tutte le cure e tutta la diligenza che comunemente

i buoni padri di famiglia adoprano in regolare i propri affari, aveva commessa la colpa lieve, *levis culpa*.

Ma i dottori (1) con una interpretazione di molti testi del dritto romano, la quale sembra assai esatta, considerano la colpa lieve in doppio aspetto. Ora la estimano, come abbiam detto, dalla vigilanza che ogni savio padre di famiglia è solito di porre nel regolare i propri affari, prescindendo da quella adoprata dalla parte la quale è in colpa nell' aver amministrato le cose che le appartengono; e questa colpa è da essi chiamata colpa lieve, intesa nel senso astratto, *in abstracto*. Di questa specie di colpa sono ordinariamente risponsabili quelli che formano obbligazioni in cui ciascuna parte ha o può avere un vantaggio. Altre volte stimano la colpa considerando l'abituale vigilanza che apporta ai proprii affari colui col quale si contrattò: ciò è un valutar la colpa nel senso concreto, *in concreto*, per servirci de' loro termini. Appunto in questo senso un socio, almeno nelle regole del dritto romano, è risponsabile della colpa lieve verso i suoi socii, giacchè, dicono le leggi romane, chi si sceglie un socio poco diligente deve imputarlo a propria colpa (2); l. 72, ff. *pro so-*

(1) *V.* Eineccio, *Elementa juris*, n.° 787.

(2) Questa ragione non è purtuttavolta conchiudente; giacchè la stessa cosa osservasi nella comunione fra eredi (l. 25, §. 16, ff. *familiæ ercisc.*), o altre persone, e la comunione è ordinariamente effetto del caso. Nè tampoco bisogna dire con Eineccio, *Elementa juris*, n.° 947,

cio, e §. 9, *Instit. de societate*. Talmente che quantunque il socio non avesse adoprato in regolar gli affari della società le ordinarie cure e l'abilità dei buoni padri di famiglia, non sarebbe stato responsabile delle sue colpe, se non fosse stato più diligente in regolare i propri affari, e se altronde le colpe non fossero state gravissime; giacchè in tutti i casi è ciascuno responsabile di quelle, mentre sono assimilate al dolo; l. 226, ff. *de verb. signif.*, ed in qualsivoglia contratto il dolo dev'essere represso, quando anche vi fosse stipulazione contraria; l. 23, ff. *de reg. juris*. Ma se fosse stato più diligente pe' proprii affari che per quelli della società, sarebbe stato responsabile, purchè nondimeno la colpa fosse stata almeno lieve; giacchè nei contratti interessati dall'una e l'altra parte non vi era responsabilità della colpa lievissima; l. 5, §. 2, ff. *Commodati vel contra*; cioè di quella che i soli padri di famiglia di estrema vigilanza neanche commetterebbero, o almeno commetterebbero assai di rado.

La l. 22, §. 6, ff. *ad senatus consul. trebell.* dichiara puranche che colui il quale è tenuto di

—

nota, che la ragione probabile di questa risoluzione è perchè il socio il quale si accorge della negligenza del suo socio sembra che abbia approvata la di lui condotta, non dimandando lo scioglimento della società, come poteva farlo. Si può dare più di una risposta a questo ragionamento. È più probabile che i giureconsulti romani non abbiano creduto che le cose dovessero trattarsi con rigore tra quelli che avevano interessi comuni, *quoniam heres propter suam partem causam habuit gerendi*, dice il giureconsulto Paolo nella succitata l. 25.

restituire una eredità non è di altro risponsabile che della sua colpa lieve stimata *in concreto ;* talchè se aveva adoprato in conservar le cose ereditarie le medesime cure che avea messe in regolar gli affari proprii , non era risponsabile delle sue colpe, purchè, come si è detto sul caso di società, non fossero gravissime.

Ma nelle vendite , nella locazione , nelle permute , ciascuna parte , stante la natura medesima del contratto, ed in mancanza di ogni stipulazione intorno alle colpe , è risponsabile della colpa lieve stimata nel senso astratto. Talmentechè un venditore, il quale non avesse apportato in conservar la cosa venduta tutte le cure che un buon padre di famiglia avrebbe comunemente adoprato nel medesimo caso , non sarebbe scusato dicendo che è negligente per natura, che non ha adoprato nella custodia o nella conservazione delle cose a lui appartenenti maggiori cure che per la cosa venduta , per esempio , che gli si è rubato puranche un cavallo nel tempo stesso in cui si rubò quello il quale era l'oggetto della vendita. Egli non avrebbe ascolto , se la sua colpa fosse di quelle dette colpe *lievi.*

401. Infine eravi pure la colpa lievissima, *levissima culpa ;* l. 44 , ff. *ad legem aquiliam.* Ed intendevasi con ciò , secondo Gotofredo nelle sue note sulla l. 32 , ff. *depositi vel contra ,* la colpa risultante da un' imperizia perdonabile, attesa soprattutto la qualità della persona : *lævissima culpa , si quæ est , ex imperitia non affectata nascitur. Si-*

milis est, quæ ratione ætatis, sexus, rusticitatis, facile excusatur. Ma preferiamo dire con Eineccio che la colpa lievissima è quella la quale consiste nel non adoprare tutta l' attenzione che i più vigilanti ed attenti padri di famiglia pongono in custodire le loro cose ed in dirigere i loro affari.

402. Del resto l'imperizia nell'arte o mestiere che si esercita veniva calcolata per colpa almeno lieve, di cui erasi risponsabile, e spesso anche per colpa grave: *imperitia culpæ adnumeratur*, l. 132, ff. *de regulis juris*; l. 9, *princip. locati conducti*; §. 7, Instit. *de lege aquilia*; *princip.* Instit. *de obligat. quæ ex quasi delicto nascuntur*; l. 7, §. *ult.*, e l. 8, ff. *ad legem aquil.*; e l. *ult. de variis et extraord. cognition.*

403. La debolezza benanche è una colpa da parte di chi esercita un mestiere in cui la sua debolezza può nuocere: *cum affectare quisquam non debeat in quo intelligit vel intelligere debet infirmitatem suam aliis periculosam futuram*; l. 8, §. 1, ff. *ad legem aquiliam.* Per esempio, se un mulattiere non abbia avuto la forza di raffrenare le sue mule, o se un cavaliere non abbia potuto rattenere il suo cavallo; *ibid.*

404. È similmente una colpa lo immischiarci in una cosa che non ci concerne, *culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti*; l. 36, ff. *de reg. juris.* Lo che deve nondimeno intendersi con un certo temperamento a seconda delle circostanze della causa.

Ma chi è in obbligo di obbedire non è in colpa obbedendo: *ejus vero nulla culpa est cui parere necesse sit*; l. 169, ff. *de regul. juris*; l. 167, §. 1, *eodem tit.*

405. Nettampoco è in colpa chi non può impedir la cosa: *culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*; l. 50 e 109, *eodem tit.*

406. Ciascuno è responsabile della colpa di coloro che ammette in casa sua: *mihi ita placet ut culpam etiam eorum quos induxit, præstet suo nomine*; l. 11, ff. *locati.*

Supposto nondimeno che abbia avuto torto di ammettere simili persone: *si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit, vel suos, vel hospites*; *ibid.*

407. Circa all' applicazione delle regole riguardanti le colpe di cui si deve essere responsabile, il giureconsulto Ulpiano, nella l. 23, ff. *de regul. juris*, dice che taluni contratti inducono la responsabilità del dolo soltanto (1); che altri inducono quelle del dolo e della colpa (2): *dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, commodatum, venditum, pignori acceptum, lo-*

---

(1) E della colpa grave, la quale come lo abbiam detto, si assimila al dolo in materia civile, e di cui ciascuno è responsabile in tutti i casi; l. 8, §. 3, ff. *de precario.*

(2) Il che deve intendersi della colpa lieve, secondo ciò che pocanzi si è detto. Altronde per regola generale la parola *colpa*, senza giunta, s' intende della colpa chiamata lieve, *lævis culpa*. Ed in molte convenzioni arrecate qui per esempio una delle parti è responsabile anche della colpa lievissima, *culpa levissima.*

catum, item dotis datio, tutelæ, negotia gesta (in his quidem, et diligentiam), societas, et rerum communio, et dolum et culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur quod initio convenit, ec.

Il medesimo giureconsulto nella l. 5, §. 2, ff. *commodati, vel contra*, stabilisce ancora con maggiore precisione le regole riguardanti le responsabilità delle colpe commesse nei diversi contratti. Egli stabilisce per massima che nelle convenzioni fatte per l'utilità di una delle parti soltanto, come nel deposito fatto senza stipulazione di salario, nel comodato, colui il quale non ritrae alcun vantaggio dal contratto è risponsabile soltanto del suo dolo e della colpa grave, che equiparasi al dolo; che l'altra parte è risponsabile anche della colpa lievissima, *et culpam præstandam et diligentiam*; e che quando il contratto siesi formato nel vantaggio delle due parti, come nella vendita, nella locazione, nel pegno, nella costituzione di dote, nella società, ciascuno de' contraenti debb' essere risponsabile del suo dolo e della sua colpa, *dolus et culpa præstatur*, lo che deve intendersi della colpa lieve, ma non della colpa lievissima, *levissima culpa*.

408. Laonde il dritto romano, dopo aver positivamente riconosciuto nel complesso delle sue disposizioni tre specie di colpe, determina eziandio in ciascun contratto, ed anche in ogni quasi contratto, di quale specie di colpa ciascuna parte deb-

l'essere risponsabile; e più non trattavasi pel magistrato che di valutare in *fatto* la pretesa colpa, e di applicar la legge secondo le caratteristiche del fatto allegato e provato.

Il nostro Codice stabilisce similmente in taluni contratti, specialmente in quelli di comodato, di deposito e mandato, disposizioni intorno alle colpe che si fossero commesse dalle parti; ma non ispecifica, come il dritto romano, in ciascun contratto, di quale specie di colpa debbano i contraenti essere risponsabili, o qual caratteristica aver debbe la colpa commessa per poter dar luogo ai danni ed interessi. Noi non veggiamo la colpa qualificata se non nell' art. 804 c. c.=*721 ll. cc.*, il quale prescrive che l' erede beneficiato è tenuto soltanto delle colpe *gravi* nell' amministrazione di cui è incaricato; e se negli art. 1382 e 1383 c. c.=*1336 e 1337 ll. cc.* leggesi che ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno ad altrui, obbliga colui per *colpa* del quale è avvenuto a risarcire il danno, e che ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per *fatto* proprio, ma ancora per sua *negligenza* o per sua *imprudenza*, queste disposizioni concernono generalmente i fatti che costituiscono delitti o quasi delitti, come lo indica la intitolazione del capitolo sotto il quale sono posti. Circa alle colpe commesse nelle obbligazioni risultanti dalle convenzioni, le regole riguardanti la risponsabilità del contraente ch' è in colpa son contenute nell'art. 1137 c. c.=*1091 ll. cc.* Ma, come pocanzi si è det-

to, se la prima parte di quest' articolo stabilisce per massima che l' obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l'utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ha il carico ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia, da un'altra banda siffatto articolo soggiunge che quest' obbligo è più o meno esteso relativamente a taluni contratti, i di cui effetti *a questo riguardo* sono spiegati ne' rispettivi titoli.

Or se tale obbligo è più o meno esteso in taluni contratti, le cure di un buon padre di famiglia, richieste nondimeno per massima in ogni specie di convenzione, non lo sono dunque nello stesso modo in ogni caso; in altri termini, puossi dunque in taluni contratti non essere obbligato per una colpa di cui si dovrebbe essere responsabile nella tale altra convenzione: lo che vuol dire in sostanza di aver taluno impunemente in un dato affare trascurato di regolarsi da buon padre di famiglia, poichè non è risponsabile della colpa che abbia commesso, e che nondimeno un buon padre di famiglia non avrebbe commesso. In somma la vera regola della materia trovasi dunque, non nella prima parte dell' articolo, ma nella seconda, che sembra nondimeno non essere altro che una modificazione della regola stessa.

409. Dimostriamo ancor di vantaggio quanto sia giusta questa proposizione che si contrasterebbe in-

vano, e veggiamo perciò qual mai sia il senso di queste parole, *tutte le cure di un buon padre di famiglia.*

Se s' intendano tali espressioni in senso assoluto, cioè considerando la condotta della parte nel contratto, in confronto della condotta che avrebbe tenuto o dovuto tenere nel medesimo caso un buon padre di famiglia in generale, egli è evidente che la regola di doversi adoprare in conservar la cosa tutte le cure di un buon padre di famiglia, non è applicabile a qualsivoglia caso.

Primieramente nol sarebbe all' erede beneficiato, a cui la legge non impone l' obbligo di essere risponsabile di tutte le colpe che avesse commesso nella sua amministrazione, ma soltanto l' obbligo di essere risponsabile delle *colpe gravi;* art. 804 c. c.=*721 ll. cc.* Talchè quando anche questo erede fosse un uomo accuratissimo pe' propri affari, se le colpe da lui commesse nella sua amministrazione non fossero gravi, non ne sarebbe risponsabile. La gravezza delle colpe commesse si valuterebbe nel senso astratto, e non basterebbe che fossero lievi perchè l' erede ne addivenisse risponsabile; ma bisognerebbe che fossero gravi.

Così pure (ma stimando la colpa in un altro senso, *in concreto*), il depositario, per massima, deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono (art. 1927 c. c.=*1799 ll. cc.* e l. 32, ff. *depositi vel contra*): soltanto la sua risponsabi-

lità è più rigorosa, 1.° se siasi offerto egli stesso per ricevere il deposito; 2.° se abbia stipulato un salario per la custodia del deposito; 3.° se il deposito siasi fatto unicamente nel suo interesse (1); e 4.° se siasi convenuto espressamente che il depositario sia tenuto per qualunque colpa; art. 1928 c. c.=*1800 ll. cc.* Ma, tranne questo caso, quando anche un ben regolato padre di famiglia non avrebbe commesso negli affari proprii la colpa che il depositario ha commesso, costui non sarebbe risponsabile, se non avesse altronde adoprato maggior cura nel custodire le proprie cose, e se inoltre la colpa che gli si appone non fosse una colpa grave, di cui ciascuno è risponsabile in ogni caso, *quia magna culpa dolo æquiparatur.* Come viceversa nei suddetti casi di eccezione, se la colpa commessa dal depositario fosse lieve, in confronto alla condotta che avrebbe generalmente in simile circostanza tenuto un ben regolato padre di famiglia, non sarebbe scusato dicendo di non aver adoprato maggior cura nel custodire le proprie cose. Cosicchè è tenuto, per massima, della colpa stimata *in concreto*, e nei casi di eccezione (2) della colpa stimata *in abstracto.*

—

(1) Ma allora è piuttosto un comodato, o prestito ad uso, che un vero deposito.

(2) Ed anche nel caso in cui il deposito fosse stato fatto unicamente nell' interesse del depositario, sarebbe costui risponsabile della sua colpa lievissima, come nel caso di comodato; tanto più, secondo lo abbiam detto, che è allora piuttosto un comodato che un deposito. Or per massima allorchè il contratto sia avvenuto nel vantaggio di una parte soltanto, è questa risponsabile della sua colpa anche lievissima;

Vedesi pure che il mandatario il quale riceve una mercede è tenuto di una più esatta diligenza che quando non ne riceva (art. 1992 c. c.=*1864 ll. cc.*); lo che non permette di dubitare che eziandio vigente il Codice vi sieno molte gradazioni nelle colpe di cui possiamo noi essere risponsabili. Altronde parlando il Codice delle *colpe gravi* dell' erede beneficiato, suppone con ciò pure che abbia potuto l' erede commettere altre colpe, e che non fossero gravi. Dunque ve ne sono di più sorte.

410. Conchiudiamo da ciò che l' obbligo di adoprare nella conservazione della cosa *tutta* la diligenza di un buon padre di famiglia, tanto se la convenzione abbia per oggetto solamente l' utilità di una delle parti, quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, come lo dice l' art. 1137 c. c. = *1091 ll. cc.* nella sua prima disposizione, non è lo stesso in tutti i casi, come ce lo insegna altronde quest' articolo nella sua seconda parte.

La regola stessa dipende nella sua applicazione dai diversi contratti o dalle diverse specie di convenzioni; e ci sembra che, fuori il caso in cui il Codice si fosse espressamente spiegato intorno alla colpa di cui le parti o una di esse debbono essere risponsabili, ed avesse così determinato le caratte-

l. 5, §. 2, ff. *commod. vel contra.* Il dritto romano faceva nondimeno eccezione pel caso di concessione a precario: chi aveva ricevuto la cosa era risponsabile soltanto della colpa grave, giacchè in questa concessione avvi volontà di conferire una liberalità; l. 8, §. 3, ff. *de precario.*

ristiche di questa colpa, lo che del resto è di rado avvenuto, non avvi inconvenienti in seguir le regole stabilite dal dritto romano, che i nostri antichi giureconsulti francesi avevano quasi tutti tolto a guida in questa materia.

411. Adunque direbbesi, per regola generale, che nei contratti formati per l' utilità di entrambe le parti, come la vendita, la permuta, la locazione, ciascuna di esse è risponsabile della colpa detta lieve, valutata a seconda della diligenza che i buoni padri di famiglia comunemente adoprano nel regolar le cose loro; l. 5, §. 2, ff. *commodati vel contra.* Ma nel contratto di società basterebbe una diligenza uguale a quella messa dal socio nell' amministrazione de' proprii beni, purchè nondimeno la colpa che gli si rimproverasse non fosse grave; l. 72, ff. *pro socio;* §. 9. Inst. *de societate,* e l. 226, ff. *de verbor. signif.* insiem combinate.

412. Nei contratti formati per l' utilità di una parte soltanto, come il deposito, il comodato, chi ha tutto il vantaggio del contratto sarebbe risponsabile della sua colpa anche lievissima, mentrechè l' altra sarebbe risponsabile soltanto della colpa grave, quando altronde non sarebbe stato più diligente nel custodire le proprie cose; l. 5, §. 2, ff. *commodati vel contra;* l. 23, ff. *de regul. juris,* e l. 32, ff. *depositi vel contra,* insiem combinate; Eineccio, *Elementa juris,* n.° 788.

413. Ma questa regola soffrirebbe nondimeno ta-

lune eccezioni. Così, quantunque il minore ritragga egli solo un vantaggio dalla tutela, pur nondimeno il tutore è risponsabile della colpa lieve, valutata anche nel senso astratto, e non solamente in confronto della negligenza che avesse posto nell'amministrar le proprie cose; talmentechè questa negligenza non lo scuserebbe verso il minore; l. 1, ff. *de tutel. et rationib. distrah.*; l. 20, Cod. *de negotiis gest.*, ed art. 450 c. c. = *373 ll. cc.* Era utile il dare una garantia ai minori contro la incuria o la imprudenza de' tutori.

Eccettuavasi pure nel dritto romano il caso del mandato. Benchè il mandatario non ritragga vantaggio alcuno dal contratto di mandato propriamente detto, era pur nondimeno risponsabile delle sue colpe *lievi*, valutate anche nel senso astratto, attesochè assumendo l' incarico di un affare che richiedeva una certa diligenza o abilità, ha egli pur con ciò promessa di adoprarvela: l. 13 e 21, Cod. *mandati vel contra.*

L' art. 1992 c. c.=*1864 ll. cc.* dice che il mandatario è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del mandato; che tal garantia però, riguardo alle colpe, è applicata meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, che a colui il quale riceve una mercede. Stante ciò, ci sembrerebbe che il mandatario il quale riceve una mercede esser dovesse tenuto della sua colpa lieve, anche nel senso astratto, cioè che quando pur fosse stato assai negligente

pe' proprii affari, non sarebbe scusato delle colpe da lui commesse nell' esecuzione del mandato; ma che colui il quale ha ricevuto un mandato gratuito non dovesse essere risponsabile se non della colpa lieve nel senso concreto, cioè che sarebbe scusabile se nel dirigere l' affare affidatogli avesse usato altrettanta cura che negli affari proprii, quando anche un altro meglio regolato padre di famiglia avrebbe potuto mostrare, nell' esecuzione del mandato, maggior cura ed abilità. Del resto sarebbe sempre risponsabile delle sue colpe gravi.

414. Chi si è offerto da sè stesso a fare una data cosa è tenuto più rigorosamente, circa alle colpe, che colui il quale ha semplicemente accettato di far la cosa. Ecco perchè il depositario che si è offerto da sè stesso a ricevere il deposito è tenuto di una diligenza più esatta che il depositario al quale è stato presentato il deposito; art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.*

Ecco perchè benanche, secondo molti dottori, chi amministra gli affari di un altro di suo proprio moto è risponsabile di qualsivoglia specie di colpa, l. 23, ff. *de reg. juris.*; poichè deve imputare a sè stesso d' essersi immischiato negli affari altrui, e altronde convenne dare la maggior possibile garantia ai proprietarii i quali non son presenti per prender cura essi medesimi de' loro affari. Secondo altri interpreti, l' amministratore risponde sol della colpa

grave e della lieve (1), ma stimata nel senso concreto o nel senso astratto, secondo l'interesse della persona i cui affari si sono amministrati. E, secondo Pothier (2), la quistione deve risolversi a norma delle circostanze della causa; talmentechè l'amministratore dev' essere risponsabile delle sue colpe anche lievissime, se assumendo l'amministrazione dei beni dell'assente abbia con ciò impedito che un altro più diligente di lui e che si offriva, siesi di essa incaricato. Nel caso contrario, non di altro dev'essere risponsabile che delle sue colpe lievi. Ed anche secondo la legge 3, § 9, ff. *de negotiis gestis*, l'amministratore è risponsabile soltanto del suo dolo, allorchè i beni dell' assente erano abbandonati, e ne assunse egli l' amministrazione per pura umanità: lo che deve nondimeno intendersi anche nel senso, che l' amministratore è tenuto della sua colpa lata, che equivale quasi sempre al dolo (per ciò che riguarda i danni ed interessi); l. 220, ff. *de verb. signif.*

415. Allorchè la parte, la quale, secondo la natura della convenzione, sarebbe stata risponsabile sol della tale colpa, promette di adoprare più esatta diligenza, è risponsabile eziandio di una colpa men grave che quella di cui sarebbe stata tenuta per dritto comune; l. 23, ff. *de regul. juris*. L'art. 1928, n.° 4 c. c.=*1800 ll. cc.* ce ne porge un esempio assai

---

(1) L. 11, ff. *de negotiis gestis*.

(2) *Ad Pandectas*, tit. *de negotiis gestis*, n.° 51, nota.

chiaro, ed il paragrafo 3 nelle Instituta, tit. *de emptione et venditione*, ce ne somministra un altro. In effetti se il venditore il quale, secondo le regole di sopra esposte, è risponsabile soltanto della colpa lieve, e non della lievissima, assume a suo carico *custodiam rei*, è risponsabile non della forza irresistibile, ma delle sue colpe anche lievissime, che avessero prodotto la perdita o il furto della cosa; giacchè altrimenti questa clausola non avrebbe alcun effetto, essendo il venditore tenuto, stante la natura medesima del contratto, della colpa lieve. Or devesi intendere una clausola nel senso secondo il quale può produrre un effetto, anzichè nel senso secondo cui non ne produrrebbe alcuno (1); art. 1157, c. c. = *1110 ll. cc.*

416. Del resto la valutazione delle colpe è un punto lasciato alla prudenza del magistrato; ma nella insufficienza delle disposizioni del Codice su questa delicata materia, che diè luogo a tante controversie tra gli autori, le regole da noi pocanzi esposte possono nella maggior parte de' casi servir di guida ai tribunali, allorchè soprattutto la legge tacerà o sarà assai oscura su quello che loro fosse sottoposto.

---

(1) *V.* Vinnio su questo §. 3, Instit. *de emptione et venditione*, e sul §. 5, *quib. mod. oblig. re contrah.*

★

§. II.

Dell' effetto dell' obbligazione di dare per riguardo al creditore.

SOMMARIO.

417. *Disposizioni dell' art. 1138 c. c.*

418. *In che esse sieno uniformi all' antico dritto.*

419. *Come debbe intendersi una di queste disposizioni.*

420. *Vizio di compilazione di questo articolo, e come debbe interpetrarsi.*

421. *Nelle promesse pure e semplici di corpi certi, i casi fortuiti sono a carico del debitore non messo in mora.*

422. *Anche nel senso che deve il prezzo promesso: controversia insorta a tal riguardo fra i giureconsulti.*

423. *Secondo il Codice, il creditore di un corpo certo ne diventa proprietario col solo fatto del contratto, a differenza delle regole del dritto romano: sviluppamenti.*

424. *Continuazione degli sviluppamenti di tali regole.*

425. *Conseguenze di queste medesime regole.*

426. *L' antica giurisprudenza francese le aveva generalmente seguite.*

427. *Sistema della legge degli 11 nebbioso anno VII sulla necessità della trascrizione per determinare la proprietà degl' immobili riguardo ai terzi, e sistema del Codice intorno alle donazioni di beni capaci d' ipoteca.*

428. *La quistione se mai siasi oppur no inteso di conservare il sistema della legge di nebbioso non è espressamente risoluta nel titolo* de' contratti, o delle obbligazioni convenzionali in generale, *nè nel titolo* della vendita.

429. *Ma il complesso delle disposizioni del Codice induce a risolvere che negli atti a titolo oneroso la trascrizione non sia più necessaria per determinare il dritto di proprietà: il quale è determinato dall' anteriorità del titolo, anche in iscrittura privata, purchè abbia data certa.*

430. *Effetti generali della trascrizione negli atti a titolo oneroso.*

417. L'art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.* contiene tre importanti disposizioni, che meritano di essere esaminate distintamente.

Esso prescrive che « l'obbligazione di consegnare « la cosa è perfetta col solo consenso de' contraenti;

« Che costituisce proprietario il creditore;

« E che fa che la cosa resti a di lui peso dal mo- « mento in cui dovrebbe essere consegnata, quan- « tunque non sia seguita la tradizione, purchè il « debitore non sia in mora a consegnarla: nel qual « caso la cosa rimane a di lui rischio ».

418. Sul primo e sull' ultimo punto, il Codice

non fece alcun cangiamento all'antico dritto; giacchè parimenti nelle antiche regole l'obbligo di consegnar la cosa era perfetto nelle vendite e donazioni (1), col solo consenso de' contraenti; ed il debitore di un corpo certo veniva liberato con la perdita di questa cosa, avvenuta senza sua colpa e prima che fosse in mora di consegnarla. Ma sul secondo punto, il Codice introdusse una importante innovazione, le cui conseguenze ora noi svilupperemo.

419. Pur tuttavolta quando questo articolo dice che l'obbligo di consegnar la cosa è perfetto col solo consenso de' contraenti, non intende dire con ciò che in ogni specie di convenzione di consegnare una cosa, il consenso delle parti basta a rendere perfetta l'obbligazione, in qualsivoglia modo siasi espresso; ma richiede pure per quest' oggetto che tale consenso sia manifestato secondo il modo da esso prescritto pe' differenti contratti. Così, dovendo gli atti contenenti le donazioni e le convenzioni matrimoniali stipularsi avanti notai, nella forma ordinaria degli atti autentici (art. 931 e 1394 c. c. = *855 e 1348 ll. cc.*), è chiaro che il consenso il quale in queste specie di convenzioni si fosse dato in iscrittura privata, non produrrebbe valida obbligazione.

(1) E possiamo aggiungere *nelle permute*, per dritto francese. In altri termini, la convenzione di permuta è obbligatoria come quella di vendita, quantunque non siavi stata ancora alcuna tradizione nè dall'una nè dall'altra parte; a differenza del dritto romano, in cui la convenzione di permuta, *dabo rem meam ut des mihi rem tuam*, sarebbe stato un semplice patto, non obbligatorio finchè non vi fosse stata esecuzione da canto di una delle parti; l. 1. ff. *de rerum permut.*

420. E quando questo medesimo articolo aggiunge che la cosa è a rischio del creditore *dal momento in cui deve essere consegnata*, si esprime in modo equivoco; perciocchè queste parole dicono altrettanto che il rischio è a carico del creditore sol dal momento in cui deve farglisi la consegnazione, per quanto non esprimono che il rischio è per lui fin dall'istante in cui incominciò pel debitore l'obbligo di consegnar la cosa, non monta l'epoca in cui dovè succedere la consegnazione giusta il convenuto. Purnondimeno in quest' ultimo senso appunto debbono intendersi tali espressioni; giacchè quando è giunta l'epoca di consegnare, il rischio precisamente è a carico del debitore, se egli sia in mora di consegnar la cosa. Ciò altronde dice espressamente la fine dello stesso articolo. Il termine preso per la consegnazione non impedisce che la cosa sia dovuta fin dal giorno del contratto, se l' obbligazione non è sotto condizione sospensiva, poichè il termine non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione, ed in ciò differisce essenzialmente dalla condizione sospensiva; art. 1185 c. c. = *1138 ll. cc.* Adunque la cosa devè consegnarsi dall'istante in cui il contratto divenne perfetto col consenso de' contraenti, non importa il termine preso per fare questa consegnazione, ed in conseguenza da tale istante medesimo fu a rischio del creditore. In vece che nel caso di una vendita o promessa sotto condizione sospensiva, siccome la condizione, finchè non siasi essa verificata, sospende gli effetti dell' obbligazione, la

cosa non è realmente dovuta se non nel caso dell' evento della condizione; e se perisce prima, perisce pel debitore, e non pel creditore (art. 1182 c. c. = *1135 ll. cc.*), quando anche la condizione si verifichi di poi, e sebbene la condizione verificata abbia un effetto retroattiva al giorno del contratto (art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*); giacchè si verifica in vano tostochè non avvi più cosa alcuna che sia la materia di questo contratto al momento in cui essa si effettua.

421. Non del resto perchè il creditore nelle vendite o promesse pure e semplici è proprietario della cosa col solo fatto del consenso, questa cosa rimane a suo rischio dacchè il contratto è perfetto, e finchè il debitore non sia in mora di consegnarla. Se perisce per lui, n' è motivo che ogni debitore di un corpo certo e determinato vien liberato con la perdita di questo corpo, purchè sia avvenuta senza sua colpa e prima di essere in mora di farne la consegnazione: *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur.* L' art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.* vuole anche che il debitore sia similmente liberato, ancorchè la cosa che perì per caso fortuito sia perita dopo che egli fu costituito in mora, se sarebbe ugualmente perita appresso il creditore ove gli fosse stata consegnata.

Nell' antico dritto, il compratore non era proprietario col solo fatto del contratto di compra, ma vi sarebbe bisognato a tal uopo una tradizione qualun-

que della cosa venduta (1) (e che il venditore ne fosse proprietario e capace di alienarla): nondimeno se la cosa periva per caso fortuito prima che il creditore fosse in mora di consegnarla, la perdita sopportavasi dal compratore, il quale non era meno obbligato, giusta il § 3 nelle Instit. *de empt. et vendit.*, di pagare il prezzo pattuito. Quindi la regola *res perit domino* non era applicabile ai casi di una cosa promessa con contratto; ma al contrario applicavasi la massima *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur.* Presentemente che la proprietà è trasferita per solo effetto del consenso, è una ragione di più perchè la perdita della cosa, avvenuta per caso fortuito e prima che il debitore sia posto in mora, si sopporti dal creditore: l'una e l'altra regola lo vogliono ora così.

Bisogna nondimeno eccettuare il caso in cui il debitore avesse assunto a suo carico il rischio (art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*), come validamente lo potè, poichè nulla avvi in tal clausola che sia contrario all' essenza delle convenzioni; come *vice versa* nella vendita fatta sotto condizione sospensiva, può il compratore assumere a carico suo i casi fortuiti pel tempo che la condizione sarà in sospeso. La l. 10, ff. *de periculo et commodo rei vendit.* ne contiene la espressa disposizione. Le parti si formarono così una legge che debbono osservare, non essendo la medesima in alcun modo contraria all' ordine

(1) Salvo nondimeno ciocchè diremo spiegando il secondo punto.

pubblico; art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.* Esse contrattarono coerentemente a ciò.

422. Ma nelle vendite pure e semplici, o altri contratti interessati dall' una e l' altra parte, e nei quali promettesi di dare una cosa, la perdita di questa cosa, avvenuta per caso fortuito e prima che il debitore sia in mora, vien mai sopportata dal creditore, anche nel senso che debbe pagare il prezzo convenuto, uniformemente al § 3 nelle Instit. *de empt. et vendit.*; ovvero soltanto nel senso di non poter pretendere danni ed interessi per mancanza di consegnazione, ma senza dovere il prezzo in conformità benanche della l. 33, ff. *locati?*

Siffatta quistione, che diè materia a controversia, non è testualmente risoluta dal Codice, neppure dall' art. 1624 c. c. = *1470 ll. cc.*, benchè nondimeno, confrontate le sue diverse disposizioni, si debba deciderla nel primo senso, come siamo per dimostrare.

Il § 3 nelle Instituta *de emptione et venditione* (1), diciam noi, è espresso su questo punto; e Domat (2) e Pothier (3), come pure quasi tutti gli autori, pongono eziandio la perdita della cosa a carico del compratore, nel senso che non debbe meno pagarne il prezzo pattuito, se non l'abbia già fatto. Ma Puffendorfio e Barbeirac sostennero che,

---

(1) *V.* pure la l. 8, *princip.*, e la l. 11, *de periculo et commodo rei venditæ*, che sono in questo senso.

(2) Leggi civili, *delle Convenzioni*, lib. I, tit. I, sez. 3, n.° 10.

(3) *Contratto di vendita*, n.° 307.

sebbene il venditore non fosse in colpa, nulladimeno era uniforme alle regole dell' equità che potesse pretendere il prezzo di una cosa la quale egli non consegnava, o anche ritenere questo prezzo se già gli si fosse pagato. Dicevano che il compratore si obbligò a pagarlo sol quando gli si consegnasse la cosa; ch' era questa la condizione della sua obbligazione, e che il compratore il quale non consegna, non importa per qual motivo, dimanda o ritiene il prezzo *sine causa*. Infine aggiungevano il venditore esser proprietario della cosa sino alla consegnazione, ed esser massima che la cosa perisce pel proprietario: *res perit domino*.

Quest' ultima ragione non era concludente; imperocchè, come pocanzi abbiamo detto, la massima *res perit domino* non applicavasi al caso in cui chi era proprietario della cosa andavane nel tempo stesso debitore, e doveva consegnarla ad altra persona in virtù di un contratto o di una obbligazione qualunque, come nel caso di vendita; perchè allora la qualità di debitore distruggeva in massima parte gli effetti del dritto di proprietà, come gli accrescimenti, per non lasciarne sussistere, a modo di dire, altro che il nome. In questo caso la causa veniva regolata dalla massima *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur*. Ciascuna parte perdeva il dritto che aveva sulla cosa: una il suo dritto di proprietà, l' altra il suo dritto di credito. Questo ragionamento di Puffendorfio e di Barbeirac non avrebbe altronde alcuna forza vigente il Codice, in

cui nelle obbligazioni di corpi certi la proprietà per massima è trasferita per solo effetto del consenso: esso sarebbe anche contrario all' opinione de' detti autori.

Circa all' argomento che il compratore si obbligò a pagare il prezzo sol quando gli si desse la cosa, Pothier nega la conseguenza; e contra il suo solito risponde a tal ragionamento con una sottigliezza: dice che il venditore non si obbligò a *dare* (1) la cosa al compratore, ma a fargliela avere, e basta che non abbia egli mancato alla sua obbligazione, perchè quella del compratore abbia una causa e sussista. Ben si vede che è così un risolvere la quistione colla quistione, poichè il compratore sostiene aver inteso di obbligarsi a pagare il prezzo sol quante volte gli si *consegnasse* la cosa e gli venisse garantita, il che non si fa, non importa la causa per cui non è consegnata. Laonde Pothier, sentendo come fosse debole la sua risposta a questo ragionamento di Puffendorfio, confessa che *la quistione è difficoltosa*, e dice anche di sembrare che i giureconsulti romani non sieno stati di accordo su tal punto.

In fatti secondo Africano, nella l. 33, *princip.*,

---

(1) Pothier vuol dire con ciò non essere il venditore obbligato a rendere il compratore proprietario della cosa venduta, giacchè la sua obbligazione non è di *dare, idest accipientis facere* (§. 14, Instit. *de actionib.*), ma di consegnare e garantire. Del resto esamineremo fra poco se le regole del Codice abbiano mai apportato un cangiamento all' opinione di Pothier su questo punto particolare.

ff. *locati*, innanzi citata, se il fisco siasi impadronito del fondo che io vi avea venduto, e prima che ve lo avessi consegnato, io non sono, in verità, tenuto verso di voi ad alcun danno ed interesse, ma non posso dimandare il prezzo della vendita; e se lo avessi ricevuto dovrei restituirlo. Tale testo, aggiunge Pothier, sembrò così espresso a Cuiacio, che non ostante il dettame di altri testi del tutto opposti, non ostante il sentimento generale, e ciò che aveva egli stesso scritto sulla l. 34, ff. *de contrah. empt.*, sostenne che la cosa non fosse a rischio del compratore per ciò che riguarda il prezzo.

Crediamo nondimeno che la perdita della cosa promessa, avvenuta per caso meramente fortuito e prima che il debitore fosse in mora di consegnarla, debba sopportarsi dal creditore, anche per ciò che riguarda il prezzo, se il debitore non abbia assunto a carico suo i casi fortuiti. Nei contratti sinallagmatici, come la vendita, ciascuna parte ha obbligazioni da adempire: il venditore, quella di consegnare e garantir la cosa venduta (art. 1603 c. c. = *1449 ll. cc.*); il compratore, quella di pagarne il prezzo (art. 1650 c. c. = *1496 ll. cc.*). Ciascuna di queste obbligazioni si esegue o si estingue secondo i modi stabiliti dalla legge; ma l'estinzione dell' una non induce quella dell'altra. Or secondo l' art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*, l'obbligazione del venditore di consegnare la cosa certa e determinata da lui venduta si estingue colla perdita di questa cosa, purchè essa sia avvenuta senza colpa

sua, per caso meramente fortuito, e prima che fosse in mora di consegnarla. Quindi il venditore è per effetto di questo evento liberato dalla sua obbligazione, come se avesse effettivamente consegnata la cosa. Il compratore deve dunque adempiere la propria dal suo canto, o giustificare che sia estinta benanche in uno de' modi stabiliti dalla legge: or la legge stabilì la estinzione delle obbligazioni per effetto della perdita avvenuta per caso fortuito, soltanto nelle obbligazioni di cose certe e determinate, e non in quelle di somme o di quantità, com' è quella di un compratore, giacchè in fatti la perdita per caso fortuito non può aver luogo in queste specie di obbligazioni. Non potendo il compratore invocare a suo pro alcun mezzo di liberazione (nell' atto che il venditore ne ha uno nella disposizione della legge), deve dunque pagare il prezzo, poichè obbligossi e pagarlo.

Se in cambio di perire o di subir grandi deterioramenti per casi fortuiti, la cosa si fosse al contrario di molto aumentata dopo la vendita, in virtù di alluvione o per altra causa, o avesse acquistato grandissimo valore per effetto di qualche particolare circostanza, come un cangiamento di strada, il beneficio risultante da questi avvenimenti apparterrebbe senz' alcun dubbio al compratore, o altro creditore della cosa: or la ragione ed il dritto vogliono per questo stesso motivo ch' egli sopporti le perdite, se vi sia perdita: *quem sequuntur commoda, eumdem debent sequi incommoda.*

In fine se il debitor della cosa che sia perita per caso fortuito non avesse dritto di pretendere il prezzo promessogli, non sarebbe vero il dire, come nulladimeno lo dice espressamente il nostro art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.*, che essa era a rischio del creditore dall'istante in cui dovè essergli consegnata, cioè dal giorno del contratto; giacchè al contrario sarebbe effettivamente stata a rischio del debitore, poichè egli nulla avrebbe, nè la cosa nè il prezzo. Laonde noi crediamo che siffatto testo, ben interpetrato, tronchi la quistione a vantaggio del venditore, o di qualunque altro debitore di una cosa certa e determinata.

423. Una delle più importanti innovazioni che il Codice abbia apportato al dritto antico, è senza dubbio la disposizione secondo cui la proprietà vien trasferita per effetto delle obbligazioni, senzachè vi sia bisogno di alcuna tradizione (1). Al contrario nel dritto romano, seguito in questo punto come in tanti altri nella nostra antica giurisprudenza, la proprietà delle cose non era generalmente trasferita da una persona ad un' altra negli atti tra vivi, che mediante una tradizione o consegnazione della cosa promessa. La compra e la stipulazione ben erano tanti *titoli* o cause atte a far acquistare la proprietà, mercè la tradizione della cosa, se il venditore

(1) Avemmo già occasione di notare questo importante cangiamento, trattando del *dritto reale* e del semplice *dritto personale*, tomo IV, n.° 225 e seguenti; ma è utile di rimembrare qui l'antica dottrina su questo punto, e di sviluppar le conseguenze della nuova.

o debitore fosse proprietario dell'oggetto e capace di alienarlo; ma la tradizione stessa era quella che conferiva effettivamente la proprietà, ch' era *modus adquirendi dominii*, e produceva in conseguenza il dritto sulla cosa, *jus in re*, l' azione reale; mentrechè le convenzioni non producevano che l' azione personale; l. 50, ff. *de rei vindicat.*, e l. 3, ff. *de oblig. et act.*

Siccome, giusta il dritto naturale, la proprietà de' beni si acquista o coll' occupazione o col possesso, giacchè non si può in fatti godere e disporre delle cose se non quando si posseggano, se non quando si abbiano attualmente in proprio potere, i giureconsulti romani prendendo le mosse da questa idea vera, opinavano che il dritto di proprietà non potesse risedere in mano di colui che non peranco aveva la cosa, di colui al quale era stata semplicemente promessa, e che quindi non fosse della natura delle obbligazioni il conferire la proprietà, ma soltanto produrre azioni personali: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum;* citata l. 3, *princip.*, ff. *de obligat. et act.*

Da ciò quella regola generale: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur;* l. 20, Cod. *de pactis.*

Applicavasi pure questa regola, come già dimo-

strammo (1), e come altronde lo dice chiaramente la suddetta l. 3, ai dritti di servitù affermative, di usufrutto o di uso: il dritto reale non risultava dalla sola convenzione: vi bisognava una specie di tradizione, che si operava con l'uso della cosa da parte di colui al quale la servitù o l'usufrutto era stato concesso, e col consenso del proprietario della cosa: *usu et patientia.*

Vinnio (2) insegna pure che il diritto di proprietà non risultava dal solo effetto della convenzione, quando anche le parti avessero espresso la loro volontà a tal riguardo nel contratto; giacchè non si può essere proprietario, egli dice, secondo il dritto naturale o delle genti, se non delle cose che si posseggono e di cui si ha facoltà di disporre effettivamente, il che non è permesso dire in modo vero, e senza le finzioni del dritto civile, delle cose che non si detengono, ma che un altro al contrario possiede (3).

In verità Grozio (4) opina diversamente da Vinnio su questo punto particolare, considerando la quistione per riguardo al dritto naturale o delle genti. Egli pretende che, secondo le regole di questo dritto, la sola volontà del padrone della cosa basta a trasferirne altrui la proprietà, e che se av-

(1) *V.* tomo IV, n.° 490, e tomo V, n.° 472.

(2) Sul § 40, nelle Instit. *de rerum divis.*

(3) Egli adduce le ll. 20, Cod. *de pactis*; 50, ff. *de rei vend.*; *penult.* Cod. *eodem tit.*; e 6, Cod. *de hered. vel act. vend.*

(4) *De jure belli et pacis*, II, cap. 6 e 8.

vien diversamente per dritto civile, il quale richiede inoltre a tal uopo un rilascio o tradizione, fu così stabilito per sicurezza della proprietà medesima, e per prevenire alienazioni temerarie o inconsiderate; ma che siccome molti popoli abbracciarono questa regola, se ne conchiuse pur nondimeno a torto di essere una regola del dritto naturale o delle genti (1).

424. Nondimeno la regola che la proprietà non è trasferita negli atti tra vivi se non mediante la tradizione, soffriva diverse modificazioni, anche secondo le leggi romane; e per tal riguardo non solo l'opinione di Vinnio è troppo assoluta, quando dice che la volontà del proprietario non basta, *sine traditione*, per conferire la proprietà ad un' altra persona; ma ancora Grozio medesimo accordò troppo allorchè convenne di esser ciò vero in dritto civile, giacchè le tradizioni che Vinnio chiama tradizioni finte, altro non sono che la volontà del proprietario di conferire altrui il suo dritto di proprietà.

Così, la proprietà era effettivamente trasferita colla

---

(1) Toullier, tomo IV, n.° 60 (nota) dice, come Grozio, non esservi cosa più uniforme al dritto naturale, che un proprietario trasmetter possa ad un altro il suo dritto di proprietà col solo fatto del suo consenso, senza che vi sia bisogno di tradizione; ed aggiunge che i Romani medesimi avevano riconosciuta questa massima; lo che è vero. Ma per provarlo, quel giureconsulto cita il § 3 della l. 9, ff. *de acquir. rer. dom.*, il quale dispone al contrario precisamente sul caso in cui siavi stata tradizione: *hæc quoque res, QUÆ TRADITIONE nostræ fiunt jure gentium nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*; e Toullier riferisce soltanto l'ultima parte di siffatto testo.

sola volontà del proprietario nel caso del § *interdum*, 43, nelle Instit. *de rerum divisione*, in cui il padrone di una cosa, che l'ha venduta o promessa a chi erane già detentore come depositario, mutuatario o fittaiuolo, ha voluto rendernelo proprietario. In tal caso, la tradizione era tutta fatta; eravi restituzione e tradizione supposta, o compenso di tradizioni; il che gli autori chiamarono *traditio brevis manus*. Risparmiavasi così da una parte una restituzione, e dall' altra una inutile tradizione. Ma perchè la proprietà fosse in questo modo trasferita, bisognava ancora che tale fosse stata la volontà delle parti.

Similmente se vi avessi venduto o donato una cosa riservandomene l'usufrutto, o prendendola in fitto, poteva esservi conferita la proprietà per solo effetto della mia volontà: ciò appunto è quel che gl' interpetri del dritto romano chiamano *constitutum possessorium* (1).

Nei giudizii di divisione le cose aggiudicate a ciascun condividente gli appartenevano pel solo fatto della sentenza, senza che neanche vi fosse bisogno di alcuna tradizione; §. *fin.* Instit. *de officio judicis*. Nondimeno questi atti di divisione erano del dritto civile, e non del dritto delle genti.

Ma è necessario di ben notare che anche nei suddetti casi, il contratto di vendita o la donazione non vi avrebbe renduto proprietario: bisognava inoltre a

---

(1) *V.* le ll. 28 e 35, § 5, Cod. *de donat.*; l. 77, ff. *de rei vend.* *V.* pure la l. 18, ff. *acquir. vel amit posses.*

tal uopo la mia volontà particolare, e che la vostra concorresse; l. 48, ff. *de adquir. vel amitt. poss.*, o l. 1, § 2, ff. *de peric. et comm. rei venditae.*

Nondimeno nelle società di tutti i beni la comunione stabilivasi col solo fatto del contratto di società, *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*; l. 1 e 2 ff. *pro socio.*

Ed anche per effetto del dritto civile nei legati fatti *per vindicationem* il legatario diventava proprietario fin da che erasi fatto luogo al legato, senza che vi fosse bisogno di tradizione. Il legato gli passava *recta via* (1), e dopo la costituzione di Giustiniano (2), il quale soppresse la maggior parte delle differenze che sussistevano fra i diversi modi di legare, il legatario aveva pure la rivendicazione nei legati anche fatti *per damnationem*, purchè il legato fosse di una cosa certa appartenente al testatore. Quindi si annoverano i legati, i fedecommessi in generale, le donazioni a causa di morte e le istituzioni di erede, fra i modi di acquistare la proprietà, ma in virtù del dritto civile.

425. La prima e più importante conseguenza che desumevasi dalla regola di non essere trasferita la proprietà per solo effetto de' contratti di vendita o altri atti fra vivi, è che se il venditore o donante, anche di un immobile, avesse prima di qualsivo-

---

(1) Ammettendo nondimeno che l'erede istituito accettasse l'eredità; l. 17, ff. *si quis omissa causa testam.*

(2) L. 1, Cod. *communia de legat. vel fidei.*

glia tradizione della cosa, venduto o donato e consegnato questa medesima cosa ad altra persona, ad onta del primo contratto, la quistione di proprietà sarebbe stata decisa a pro del secondo compratore o donatario, giacchè avrebbe egli ricevuta la cosa da chi erane ancora proprietario; salvo al primo acquirente o donatario la sua azione per danni ed interessi. Tanto dichiara in espresso modo la celebre legge *Quotiens*, 15, Cod. *de rei vindicatione*.

Così pure, i creditori del venditore potevan sequestrare e far vendere la cosa venduta prima che si fosse consegnata, quando anche il compratore ne avesse pagato il prezzo; ed il compratore aveva soltanto un'azione personale contra il suo venditore, senz'alcun privilegio sulla cosa comprata.

In conseguenza benanche, il compratore a cui non erasi ancor fatta la tradizione non aveva l'azione di rivendicazione contra il venditore, nè contra ogni altro se la cosa era passata in mano di un terzo; l. 50, ff. *de rei vindic.*

426. Questi effetti erano generalmente gli stessi nella nostra antica giurisprudenza. In taluni paesi sol con atti di *spogliamento* la proprietà degl'immobili passava anche dal venditore al compratore; e nelle donazioni mediante l'insinuazione dell'atto era essa trasferita al donatario.

427. Secondo la legge degli 11 nebbioso anno 7 *sulle ipoteche*, la quistione di proprietà degl'immobili non risolvevasi, fra due compratori o altri acquirenti che avevan contrattato col medesimo pro-

prietario successivamente (1), in vista dell'anteriorità del titolo di uno di essi; ma decidèvasi unicamente a seconda della poziorità della trascrizione di questo titolo sui registri tenuti a tale effetto. Il possesso reale in cui fosse anche stato chi aveva il titolo più antico, ma la trascrizione del quale fosse stata posteriore a quella del titolo dell' altro, non l' avrebbe protetto. Questa trascrizione era subentrata alla tradizione ed agli atti di spogliamento; nei paesi in cui essi erano in uso.

Ed abbenchè il Codice dica che il donatario divien proprietario delle cose donate col solo fatto della donazione debitamente accettata, e senza che vi sia bisogno di altra tradizione (art. 938 c. c.= *862 ll. cc.*), nondimeno richiede pure in riguardo ai terzi la trascrizione dell' atto pe' beni capaci d'ipoteca, come lo richiedeva la legge di nebbioso; art. 939 c. c.=*863 ll. cc.* Talmentechè la mancanza di trascrizione può opporsi da qualunque persona interessata, eccettuati però coloro che hanno l' obbligo di farla eseguire, o che hanno causa da essi, ed eccettuato pure il donatore (2); art. 941 c. c.= *865 ll. cc.*

---

(1) Giacchè se uno avesse comprato lo stabile dal vero padrone, e l'altro *a non domino*, è indubitato che il primo sarebbe stato in dritto di rivendicare contro il secondo, quando anche questo avesse fatto trascrivere il suo titolo e l' altro no, e quando anche egli avesse avuto un titolo anteriore; se nulladimeno non avesse potuto opporre la prescrizione.

(2) Si può vedere ciocchè dicemmo riguardo alla trascrizione delle donazioni e degli atti contenenti sostituzione, nel tomo VIII, cap. IV, sez. IV, § 2; e nel tomo IX, cap. VI, sez. II, § 1.

428. Che anzi nel titolo *de' Contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale* non si è nulla stabilito di positivo sulla controversia se fosse o pur no necessaria la trascrizione per determinare il dritto di proprietà negli atti a titolo oneroso contenenti alienazioni d'immobili; imperocchè se da una parte l'art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.* dice che l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso de'contraenti, e *costituisce proprietario il creditore;* dall'altra l'art. 1140 c. c. = *1094 ll. cc.*, posto sotto la medesima sezione, dice che gli *effetti* della obbligazione di dare o di consegnare un immobile son regolati nel titolo *della vendità*, ed in quello *de' privilegii e delle ipoteche.* Or di quali effetti si volle mai quivi parlare se non degli effetti riguardo ai terzi, ed in conseguenza del passaggio di proprietà circa ad essi, poichè in quanto alle parti medesime ogni cosa era determinata dal suddetto art. 1138?

Niuno ignora altronde la viva controversia che insorse circa al sistema della trascrizione, in discutersi le differenti leggi che vi si riferivano; e ad oggetto di non giudicare precedentemente questa importante quistione si rimise il suo scioglimento al titolo *della vendita* ed a quello *delle ipoteche.* Ma giunti al titolo *della vendita*, gli autori del Codice non hanno ancora risoluta formalmente la quistione. Potrebbesi nulladimeno sostenere, fino ad un certo punto, di averla implicitamente decisa in favore della necessità della trascrizione; imperocchè

l'art. 1583 c. c. = *1428 ll. cc.* dichiara che « la « vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si « acquista di dritto dal compratore *riguardo al ven-* « *ditore*, appena che si è convenuto della cosa e « del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la « tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo; » e questo articolo non distingue tra i mobili e gl'immobili. Or si dirà, se aveva l' acquirente acquistata la proprietà in modo assoluto, per riguardo a tutti, col solo fatto del consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, a che mai quelle parole, *riguardo al venditore?* Sol dunque per riguardo a lui si è dall' acquirente acquistata; non si è dunque da costui acquistata per riguardo ai terzi. E siccome al tempo in cui questo articolo era così disteso e adottato vigeva ancora la legge di nebbioso anno 7, puossi da ciò conchiudere di essere stato conceputo in tal modo per trovarsi in armonia con questa legge, circa alla trascrizione; per lo che è stato, ed anche per molto tempo preteso.

429. Nonpertanto è più vero il dire, atteso il cenno storico della discussione su questo punto, che i compilatori della legge *sulla vendita*, e quelli i quali parlarono su questa legge, intesero di rimettere al titolo *delle ipoteche* lo scioglimento della quistione, e che non credettero giudicarla precedentemente col distendere questo art. 1583: vollero anche evitar ciò. Or nel titolo *delle ipoteche* si parla della trascrizione sol come mezzo di purgare i privilegi e le ipoteche da cui son gravati i beni:

non se ne fa parola come mezzo di stabilire la proprietà in una data mano piuttosto che in un'altra. Al contrario l'art. 2182 c. c.=*2076 ll. cc.*, posto sotto questo titolo, dispone che *il venditore non trasferisce al compratore altro che le ragioni ch'egli stesso aveva sulla cosa venduta*: or, secondo lo stesso art. 1583 c. c.=*1428 ll. cc.*, egli non ne aveva più col solo fatto della vendita, poichè aveva trasferito la sua proprietà al compratore, uniformemente altronde alla disposizione dell'art. 1138 c. c.=*1092 ll. cc.* Laonde vien ora generalmente riconosciuto ed è questa l'attuale giurisprudenza, che negli atti a titolo oneroso la proprietà si acquista di dritto dal creditore della cosa riguardo a chiunque per solo effetto del contratto, senzachè siavi bisogno di tradizione o di trascrizione (a), con l'obbligo nondimeno di soffrir l'esercizio de' dritti che i terzi potessero allora avere sui beni, o circa a questi medesimi beni.

Non è anche necessario a tal uopo che l'acquirente a titolo oneroso abbia un atto autentico, ma gli basta un atto in iscrittura privata: soltanto, per poterlo opporre ai terzi, fa bisogno che questo atto abbia acquistato una data certa mediante il registro o uno degli altri modi espressi nel detto art. 1328.

450. In somma la trascrizione in queste specie di atti è oggidì necessaria soltanto per purgare i privilegi e le ipoteche; e secondo l'art. 834 c. pr. =*917 ll. pr. civ.*, per far decorrere il termine di

(a) Questo principio si trova stabilito nell'art. 2081 delle nostre leggi civili. Trad.

quindici giorni durante il quale i creditori ipotecarii dei precedenti proprietarii non iscritti possono ancora inscriversi, quantunque l'immobile non si trovi più in mano del loro debitore; il qual dritto fu introdotto da questo articolo, giacchè il Codice civile non l'accordava. Essa è utile pure al venditore, in quantochè vale per lui iscrizione del privilegio; art. 2108 c. c. = *1994 ll. cc.*

431. Quantunque l'art. 1138 c. c. = *1092 ll. cc.* stabilisce per massima che la proprietà è trasferita al creditore col solo fatto del contratto, e non distingue fra le cose mobili e le immobili, nondimeno avvi luogo per un riguardo a far questa distinzione.

In fatti, giusta l'art. 1141 c. c. = *1095 ll. cc.*, se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due individui, è puramente mobile, quegli fra di essi cui ne fu dato il possesso reale, sarà preferito e resterà proprietario, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data; purchè però il possesso sia di buona fede, vale a dire, purchè non abbia egli stesso ricevuto la cosa, sapendo ch'era stata venduta o donata altrui.

Ma questa risoluzione, favorevole al possessore, dipende da una massima del nostro dritto francese, cioè che *in fatto di mobili, il possesso vale per titolo* (art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*): così richiedeva la sicurezza del commercio. Del resto la proprietà non era meno trasferita al creditore riguardo al debitore, e, stante ciò, il primo aveva dritto

di far sequestrare la cosa in mano del secondo, e di farsela consegnare come sua. Quindi perchè il terzo che la possiede, ed il cui titolo ch'è posteriore al suo, sia preferito, è necessario che abbia ricevuto la cosa in buona fede e che egli abbia un possesso reale. Circa alla buona fede, essa si presume sempre sino alla pruova in contrario (art. 2268 c. c. = *2174 ll. cc.*); ma pel possesso reale, spetterebbe a chi l'invocasse in favor suo il provare di averlo effettivamente: è questa la condizione della preferenza che gli vien accordata. Dovrebbesi nondimeno riguardare come possesso reale, nel senso dell'art. 1141 c. c. = *1095 ll. cc.*, il possesso di un compratore di cose mobili al quale siensi consegnate le chiavi dell'appartamento o dell'edifizio in cui si contenevano e che le abbia ancora; giacchè egli dovè riguardare la consegnazione di queste chiavi come una bastante tradizione (art. 1606 c. c. = *1452 ll. cc.*): egli ha con ciò pure il possesso reale, giacchè può toglier via le cose senza nuova volontà del venditore. Poco importa che questo art. 1606 distingue la tradizione di cui trattasi dalla tradizione reale, mentre l'art. 1141 suddetto parla non della tradizione reale, ma del possesso reale: talmente che il depositario, per esempio, a cui la cosa siasi venduta o donata dopo che si fosse venduta o donata ad un'altra persona, sarebbe indubitatamente preferito; abbenchè non gli sia stata fatta una tradizione *reale* in esecuzione del contratto stipulato con lui dopo quello di deposito.

432. Nelle obbligazioni di somme, o di quantità, o di cose che consistono *tantum in genere*, come un cavallo senza designazione, il pagamento sarà quello che trasferirà in effetti la proprietà al creditore. A questi casi principalmente bisogna applicare ciocchè dice l' art. 1238 c. c.=*1191 ll. cc.*, che per pagare in valido modo bisogna essere proprietario della cosa data in pagamento. Imperocchè è manifesto che nel pagamento di un dato immobile, per esempio, chi lo dà non ne è più proprietario, poichè cessa di esserlo per effetto del contratto. Quindi in tal caso il rilascio non è altro che una semplice esecuzione; non avendo per oggetto, come nelle antiche regole, di conferire la proprietà al creditore, il quale è oggidì piuttosto *proprietario* che creditore.

433. Nel caso benanche in cui io mi obbligo che Paolo vi venderà e consegnerà la sua casa, mediante il tal prezzo, è chiaro che la proprietà della casa non può essere conferita per solo effetto del nostro consenso, ma lo sarà dal momento in cui Paolo avrà ratificata la mia obbligazione. Laonde in questa specie, la casa non è a vostro rischio dal giorno del nostro contratto: non lo sarà se non dall'istante che Paolo avrà dato il suo consenso. Conviene assimilare questo caso a quello di una promessa condizionale, in cui la cosa è a rischio del debitore finchè la condizione resti sospesa (art. 1182 c. c.= *1135 ll. cc.*), quando anche si verificasse di poi,

e non ostante il suo effetto retroattivo; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*

434. Ora importa di esaminare per altro riguardo qual sia l' effetto dell' obbligazione di dare o di consegnare un corpo certo, nelle vendite o altri atti a titolo oneroso.

Il creditore ha mai dritto di pretendere che debb' essergli conferita la proprietà; in conseguenza nel caso in cui stabilisse che la cosa consegnatagli o da consegnarglisi sia cosa altrui, può mai dimandare lo scioglimento del contratto, con le spese e danni ed interessi, se competano, quantunque non sia stato evinto, e non sia pure turbato peranco nel suo possesso o godimento?

Su questa importante quistione, come sulle precedenti, è utile il rimembrare le antiche regole, e lo faremo nel più succinto modo che ci sarà possibile.

435. Nel dritto romano chi si obbligava per istipulazione a dare una cosa doveva conferirne la proprietà al creditore (1), talmente che se non erane proprietario, il pagamento da lui fattone non era valido (2), ed il creditore, prima anche di esser turbato, poteva procedere contro di lui. In somma l' obbligo di *dare* induceva quello di render proprietario il creditore: *dare est rem accipientis facere; § sic itaque*, 14 INSTIT. *de actionibus*.

(1) *V.* La l. 25, § 1.° *in fin.*, ff. *de contrah. emptione.*

(2) Il possesso costituiva nondimeno il creditore *in causa usucapiendi*, se era in buona fede ricevendo la cosa.

Ecco perchè nelle permute se una delle parti aveva consegnata una cosa che non le appartenesse, l'altra non era obbligata di consegnar la sua, o se l'aveva consegnata, poteva dimandarne la restituzione, *quia alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*; l. 1, § 3 e 4, ff. *de rerum permut.* L'art. 1704 c. c. = 1550 *ll. cc.* dispone anche così.

Nelle donazioni siccome la garantia in generale neanche era dovuta, è chiaro che il donante non aveva obbligo di conferir la proprietà; e quantevolte erasi obbligato alla garantia in caso di evizione (1), sol quando l'evizione aveva avuto effetto competeva un'azione al donatario.

436. Circa alle vendite, non eravi alcun dubbio che fosse valida quella della cosa altrui: *rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam est emptio et venditio*; l. 28, ff. *de contrah. empt.*; ed il venditore stante la natura medesima del contratto, ed in mancanza di ogni convenzione, non era obbligato, come il debitore per istipulazione o permuta, di conferire al compratore la proprietà della cosa venduta (2), quantunque il compratore dovesse conferire al venditore la proprietà del danaro pagato, in diverso caso il pagamento non era valido; l. 1, *princip.* ff. *de rerum permut.* Il venditore era soltanto obbligato, per la natura del

(1) L. 2, Cod. *de evict.*

(2) L. 25, ff. *de contrah. empt.*, § 1, già citata.

contratto, di consegnar la cosa e farne godere il compratore, nel senso che se il medesimo era evinto, dovevagli la garantia, e se veniva turbato nel suo godimento per effetto di un' azione di rivendicazione, o per effetto di un' azione ipotecaria, doveva difenderlo, se il compratore lo chiamava a tal effetto. Ciò appunto i giureconsulti romani esprimevano con quelle parole: *præstare rem emptori, et habere licere.*

Gli doveva benanche la garantia a motivo del suo dolo: donde desumevasi la conseguenza che colui il quale aveva scientemente venduto la cosa altrui senz' approvazione del proprietario a qualcuno che ignorava di esser cosa altrui, poteva essere coazionato immediatamente dal compratore pei danni ed interessi; a differenza del caso in cui il venditore aveva venduto in buona fede una cosa che non gli apparteneva; l. 30, § 1, ff. *de act. empt. et vend.*

Questa differenza negli effetti tra la stipulazione di dare una cosa e la vendita, dipendeva probabilmente dalla frequenza delle vendite, che avrebbero dato luogo a molte liti, se i compratori avessero potuto ricorrere contro i lor venditori prima di essere evinti o anche turbati, sotto pretesto che il venditore avesse venduta la cosa altrui.

Le regole del dritto romano su questi diversi punti erano generalmente seguite nella nostra antica giurisprudenza.

437. Ma il Codice civile non ha forse cangiato

le antiche regole per ciocchè riguarda l' obbligo dei venditori? Non è forse in obbligo il venditore di rendere il compratore proprietario della cosa venduta, talmentecchè nel caso in cui egli stesso non lo fosse al momento della vendita, il compratore avrebbe dritto di domandare la nullità del contratto, anche prima di ogni turbativa o evizione, indipendentemente dall' azione di garantia che gli dà la legge nel caso in cui sia evinto?

E se il venditore siasi convenuto col proprietario, o il compratore abbia acquistato la prescrizione, è ancora ammessibile l' azione per nullità?

Devesi almeno distinguere tra il caso in cui l'accordo fosse avvenuto o la prescrizione fosse acquistata prima della dimanda per nullità del contratto, ed il caso in cui questi avvenimenti si fossero operati soltanto dopo che siasi intentata la dimanda?

Infine bisogna egli pur distinguere in generale tra i mobili riguardo ai quali il possesso vale per titolo, e gl' immobili?

Ed in fatti ci pare di avere il Codice civile derogato alle antiche regole in materia di vendita, nel senso che dà al compratore la facoltà di dimandare la nullità del contratto con tutte le conseguenze di dritto, se il venditore gli abbia venduta la cosa altrui come sua, senza l' approvazione del proprietario, ed il compratore stabilisca chiaramente di essere cosa altrui, per esempio esibendo un atto col quale il venditore abbia venduta la stessa cosa precedentemente ad un' altra persona.

L'art. 1599 c. c.=*1444 ll. cc.* dice che la vendita della cosa altrui è nulla, e che può dar luogo al risarcimento de' danni ed interessi a favore del compratore, quando questi abbia ignorato che la cosa fosse d'altrui. Or se la vendita è nulla, il compratore può dunque far cessare il contratto e dimandare la restituzione del prezzo, se lo abbia pagato, nonchè i risarcimenti dovuti per dritto. Ed a tal uopo non gli conviene attendere che sia evinto, e neanche turbato nel suo godimento, nei quali casi avvi luogo all'azione in garantia, ch'è ben diversa nella sua causa da quella per nullità.

Dippiù l'art. 1158 c. c.=*1092 ll. cc.* fa positivamente derivare dall'obbligo di consegnare una cosa (1), il passaggio della proprietà a pro del creditore: or costui contrattando, dovè calcolare su quest'effetto del dritto comune, e la sua speranza non dev'essere ingannata. Gl'importa di avere la proprietà, anzichè la semplice speranza di acquistarla un giorno per mezzo della prescrizione, fidando anche nella sua azione per garantia in caso di evizione. Imperocchè chi non è assicurato d'esser proprietario non può disporre della cosa coi medesimi vantaggi di colui il quale lo è, e deve temere benanche i regressi in garantia: non vuolsi altronde trattar seco con le medesime condizioni che si sarebbe

—

(1) Il che deve intendersi, come lo abbiam detto, dell'obbligo di consegnare una cosa con effetto di renderne padrone il creditore, e non soltanto colla mira di farnelo godere come proprietario, fittaiuolo, ec.

contrattato se la proprietà fosse certa in mano sua, ed egli stesso non osa praticare miglioramenti, far costruzioni ec. ec. Adunque il compratore ben ha dritto a domandare di uscir da una situazione inquietante e piena di svantaggi, ed a quest'oggetto dev'essere in sua facoltà di far sciogliere il contratto.

Puossi opporre, è vero, la disposizione dell'art. 1653 c. c.=*1499 ll. cc.*, così espresso: « Se il com-« pratore è molestato, o ha *giusto motivo di te-« mere* di essere molestato per un'azione ipotecaria, « o di *rivendicazione*, può sospendere il pagamento « del prezzo fino a che il venditore abbia fatto ces-« sare le molestie; *purchè costui non prescelga di « dar cauzione*, o non siasi convenuto che il com-« pratore pagherà non ostante qualunque molestia. »

Or, si dirà, se il compratore il quale abbia giusto motivo di temere di esser molestato con un'azione di rivendicazione può nondimeno esser costretto a pagare il prezzo coll'obbligo pel venditore di dargli cauzione, è dunque perchè il contratto non è nullo, quantunque gli sia stata venduta la cosa altrui; giacchè se non fosse cosa altrui, non avrebbe *giusto motivo di temere di essere molestato* con un'azione di rivendicazione, come lo suppone l'articolo.

Ma per conciliarne la disposizione con quella degli art. 1138 e 1599 c. c.=*1092 e 1444 ll. cc.*, non fa bisogno di dire che essa appartiene piuttosto all'antico dritto che al Codice, mentre vien conciliata perfettamente senza di ciò con tali testi. Ed

in fatti, anche nel caso in cui fosse stabilito che la cosa sia di altri, può darsi che il compratore non voglia valersi della facoltà di dimandare l'annullamento della vendita, la quale nullità è tutta nel suo interesse; e nondimeno non dev' essere tenuto a pagare il prezzo se il venditore non gli dia cauzione, o se il contratto non esprima ch' egli lo pagherà non ostante le molestie. In secondo luogo, il giusto motivo di temere di esser *turbato* con un'azione di rivendicazione, non è sempre un giusto motivo di temere di essere *evinto*; ond' è che l' art. 1653 c. c. = *1499 ll. cc.* parla del timore di esser molestato, e non del giusto timore di essere evinto. Avvi in effetti grandissima differenza fra queste due situazioni: non può darsi, egli è vero, giusto motivo di temere di essere *evinto*, se il venditore non abbia venduta la cosa altrui; ma può darsi giusto motivo di temere di essere *molestato* con un'azione di rivendicazione, quantunque la pretensione del terzo sia incerta, sia anche del tutto mal fondata: ciò dipende dalle circostanze, che variano all' infinito.

438. Pare che la giurisprudenza sia formata nel senso della nullità della vendita, allorquando venga stabilito dal compratore di avergli il venditore venduta come propria la cosa altrui senza approvazione del proprietario. Così, nel caso in cui uno zio condomino con sua nipote de' quattro quinti di un fondo, aveva permutato questo fondo con un'altro, la Corte di Lione, con decisione del 6 luglio 1808,

annullò il contratto di permuta sulla dimanda dell' altra parte, condannò inoltre il convenuto ai danni ed interessi verso l'attore, e pronunciò contro di lui come reo di stellionato, l' arresto personale pel pagamento di questi danni ed interessi. Nella specie la dimanda per nullità fu intentata diciassette giorni dopo la permuta, e deve osservarsi che non appena fu formata questa dimanda, il convenuto si avea premurato di devenire ad un accordo con sua nipote (1), talmentechè l' attore non doveva più temere la evizione. Ma la Corte pronunciò pur nondimeno la nullità della permuta, e prodottosi ricorso per cassazione, la Corte suprema con arresto del 16 gennaio 1810 (2) confermò in questi termini: « Attesochè la vendita della cosa altrui è nulla, secondo l' art. 1599 c. c. (*1444 ll. cc.*); che « si è giudicato dalla Corte di appello di Lione « d'ignorarsi dai coniugi Merlier (acquirenti) che « parte della cosa spettasse altrui; attesochè la di- « manda tendente a far annullare il contratto di « alienazione era stata anteriore alle procedure ten- « denti alla divisione fatta col proprietario di parte « della cosa alienata, e che queste procedure non

(1) L' atto che essi fecero fu qualificato divisione, e non ostante la regola che le divisioni sono dichiarative di proprietà (art. 883 c. c. =*803 ll. cc.*), il che avrebbe potuto indurre a credere che lo zio dovesse reputarsi proprietario di tutta la cosa dal dì in cui era cominciata la comunione, ed in conseguenza dal giorno della permuta, pure la Corte pronunciò la nullità della medesima. L' arresto è rigoroso, e forse anche poco uniforme alle regole.

(2) *Sirey*, 1810, 1, 204.

« hanno potuto privare i coniugi Merlier del dritto
« precedentemente acquistato con questa dimanda;
« rigetta ; ec. »

La Corte di Riom giudicò la quistione nel caso di una vendita propriamente detta (1). Trattavasi di un fondo dotale, che il marito aveva venduto senza il concorso di sua moglie ; ma la circostanza che l' immobile era dotale non influì menomamente sulla decisione della Corte, la quale accolse la dimanda di nullità formata dall' acquirente, per causa di vendita della cosa altrui, non ostante ciocchè adduceva il venditore, che nel caso di vendita degl' immobili dotali, fuori l' eccezioni stabilite dalla legge, l'art. 1560 c. c. = *1373 ll. cc.* riserva soltanto ai coniugi, e non all'acquirente, il dritto di dimandare la nullità della vendita. Imperocchè questo articolo è senza pregiudizio della disposizione stabilita pel caso della vendita della cosa altrui senza consenso del proprietario. In questa specie benanche, il marito, dopo la dimanda per nullità intentata contro di lui, erasi affrettato a conchiudere un accordo con sua moglie, permutando seco lei lo stabile venduto con un altro che gli apparteneva; e per quanto sembra, aveva adempito a tale effetto alle formalità prescritte dall' art. 1559 c. c. = *1444 ll. cc.* La Corte dichiarò ugualmente che il dritto di ottenere la nullità, già esercitato dall' acquirente, non avea potuto essergli tolto mediante convenzioni avvenute poste-

(1) Decisione del 30 novembre 1813 ; *Sirey*, 1813, 2, 361.

riormente tra il marito e la moglie, per far cessare la qualità dotale che aveva il fondo alienato in tempo della vendita ed anche in tempo della dimanda di nullità (1); che vi bisognerebbe un nuovo consenso dell'acquirente per sottoporlo all'esecuzione di questa vendita. In conseguenza dichiarò reo di stellionato il marito venditore, e come tale lo condannò coll'arresto personale a tutte le riparazioni di dritto.

439. Ma noi crediamo, ed i considerandi di queste diverse decisioni c'invitano fortemente a crederlo, che se la proprietà si trovasse in modo incommutabile consolidata in mano del compratore, o di ogni altro acquirente, prima che fosse intentata la dimanda per nullità, sia mediante accordo col proprietario, sia pel beneficio della prescrizione, non vi sarebbe più luogo a dimandare la nullità del contratto: *cessante causa*, *cessat effectus*. L'interesse è la misura delle azioni.

Il roman dritto ci somministra positivi dettami a tal riguardo. Per pagare validamente, bisogna conferire al creditore la proprietà della cosa data in pagamento, in diverso caso il pagamento è nullo, e l'obbligazione sussiste sempre (2). È questa altronde una massima stabilita dal Codice civile; art.

---

(1) E si sarebbe dovuto aggiungere: *per far cessare la qualità della cosa altrui* che aveva ancora l'immobile in quest' ultima epoca.

(2) *Non videntur data (in solutionem), quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt*; l. 167, ff. *de regul. juris*.

V. pure le ll. 94, § 1, e 98, § 3, *de solut.*, che sono perfettamente in questo senso.

1258 c. c. = *1191 ll. cc.* Nondimeno se il creditore abbia in uno o in altro modo acquistata la proprietà della cosa data per pagamento, questo pagamento divien valido col fatto: *is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur ;* l. 60, ff. *de solut.* In somma ogni qualvolta la cosa data per pagamento al creditore non gli si possa togliere da chi erane proprietario, il che avviene in conseguenza allorchè quest' ultimo abbia ratificato il pagamento in istato di capacità, o quando il creditore abbia prescritta la cosa, ciocchè era nullo da principio *postea convalescit*, come dicono le leggi romane; e l' art. 1258 c. c. = *1191 ll. cc.*, seconda parte, è assolutamente conceputo in questo spirito. Or le ragioni sono assolutamente le stesse nel caso di vendita o di ogni altra promessa della cosa altrui: tostochè il compratore più non può essere evinto, non ha più motivo di dolersi.

440. E siccome nel nostro dritto in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*), ed in conseguenza per regola generale il compratore di un mobile non può essere evinto, se questo mobile non siasi nè perduto nè rubato, siamo indotti a conchiudere da ciò che un compratore di cose mobili dimandar non possa la nullità della vendita, sul solo pretesto di esserglisi venduta la cosa altrui, finchè non provi ch' è nel caso di esserne spogliato, in altri termini, finchè non provi che le cose sieno state perdute o rubate,

e da meno di tre anni *(ibid.)*, o che la legge con qualche sua speciale disposizione lo sottoponga ancora ad una evizione.

§ III.

Della costituzione in mora del debitore e de' suoi effetti per riguardo alla perdita della cosa dovuta.

SOMMARIO.

441. *Testo ed esame dell'art. 1139 c. c. sulla costituzione in mora del debitore, ed antica giurisprudenza a tal riguardo.*

442. *Per dritto comune il debitore non è obbligato di andare a presentare la cosa al creditore, quando anche la convenzione stabilisse che sarà in mora colla sola scadenza del termine; conseguenza.*

443. *Chi obbedisce immediatamente all' intimazione fattagli di consegnar la cosa non è soggetto alla perdita avvenuta in tal momento.*

444. *Chi non può pagare a motivo di un impedimento legale, non può essere costituito in mora da colui al quale non può pagare.*

445. *E colui al quale non puossi dimandar la cosa non può tampoco essere costituito in mora.*

446. *Il garante nemmeno sarebbe messo in mora con una tal dimanda.*

447. *Ma nei casi ordinarii la mora del debitore principale induce anche quella del garante*, sed non vice versa: *in qual senso la mora di un debitore solidale nuoccia agli altri.*

448. *Il debitore purga la mora con offerte regolari.*

449. *E con una novazione, anche condizionale, abbenchè la condizione non si verificasse, ed abbenchè questa novazione condizionale fosse fatta con un terzo ed all' insaputa del debitore.*

450. *La costituzione in mora per effetto di una dimanda giudiziale è tolta colla perenzione dell'istanza.*

451. *Quantunque la cosa fosse perita dopo che il debitore fu costituito in mora, non perirebbe meno pel creditore, se sarebbe ugualmente perita presso di lui nel caso in cui gli fosse stata consegnata. Spetta al debitore di far le diverse pruove.*

452. Il ladro si pone da sè stesso in mora, e su lui ricade la perdita avvenuta anche per caso fortuito.

441. Siccome allorchè la cosa promessa perisce per caso fortuito, perisce pel creditore sol quante volte il debitore non fosse in mora a consegnarla (art. 1158 c. c. = *1092 ll. cc.*), importa di vedere in qual modo egli sia costituito in mora.

Mora, *mora*, significa *ritardo*.

Secondo l'art. 1159 c. c. = *1093 ll. cc.*, « il debitore è costituito in mora tanto colla intimazio- « ne o altro atto equivalente, quanto in virtù della « convenzione, allorchè essa stabilisce che il debi- « tore sarà in mora per la sola scadenza del ter- « mine senza necessità di alcun atto. » Allora *dies pro homine interpellat* (a). Ma in generale bisogna a tal uopo una convenzione speciale, quantunque non sia purtuttavolta necessario d'inserire testualmente nell'atto *che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun atto.* Basta d'inserirvi che *il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine*. Egli è pienamente avvertito con una tale clausola. Il detto art. 1159 non intese stabilire una formola.

La intimazione di che esso parla è l'*interpellazione* di cui le leggi romane fanno sì spesso parola.

In generale è desso un atto del ministero degli uscieri.

(a) Si osservino le note al n.° 615 del decimosettimo volume. Trad.

Circa agli atti equivalenti di cui parla pure questo articolo, son essi le dimande giudiziali, che anche hanno generalmente maggiore effetto de' semplici atti stragiudiziali, come le intimazioni; un pignoramento, in taluni casi; una citazione per tentativo di conciliazione, a cui tien dietro una dimanda giudiziale entro il mese dalla non seguita conciliazione o dalla non comparsa (art. 57 c. pr.); una dichiarazione scritta del debitore di riconoscersi in mora; ed infine ogni altro atto idoneo a certificare ch'egli è in mora di eseguire la sua obbligazione.

Nell'antica giurisprudenza i tribunali non avevan riguardo alla clausola con cui le parti convenivano che la sola scadenza del termine costituirebbe in mora il debitore: essi la riguardavano quasi sempre come comminatoria, come una semplice minaccia, mentrechè Giustiniano aveva deciso che nelle obbligazioni di fare o di dare in un certo tempo, la sola scadenza del termine, senza interpellazione, basterebbe per costituire in mora il debitore (1). Vigente il Codice bisognerebbe di più, a tal uopo, che la cosa non avesse potuto farsi o darsi se non in un certo tempo che il debitore avesse lasciato trascorrere senza eseguire l'obbligazione; art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.*

442. Anche nel caso in cui la convenzione dichiarasse che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine e senza necessità di alcun at-

---

(1) *V.* la l. 12, ff. *de contrah. vel committ. stipul.*

to, purtuttavolta nelle obbligazioni di dare egli non è tenuto, tranne convenzione in contrario, di portar la cosa presso il creditore o altrove; e se essa perisca per caso fortuito nel luogo ove doveva esser consegnata, prima che il creditore si fosse presentato per dimandarla, abbenchè dopo la scadenza del termine convenuto per la consegnazione, non perirebbe meno per quest' ultimo, perchè il debitore non sarebbe in alcun modo in mora; imperocchè il pagamento deve eseguirsi nel luogo designato dalla convenzione. Se non vi sia designato il luogo e si tratti di una cosa certa e determinata, esso deve farsi nel luogo dov' era l' oggetto in tempo della convenzione, e negli altri casi dev' esser fatto nel domicilio del debitore; art. 1245 c. c. = *1198 ll. cc.* Costui dopo la scadenza del termine preso per la consegnazione, aveva al certo la facoltà d' interpellare il creditore a prendersi la cosa, ed in caso di rifiuto, farsi autorizzare a metterla in deposito in altro luogo (art. 1264 c. c. = *1217 ll. cc.*); ma era questa una semplice facoltà, e non un' obbligazione.

Perchè dunque il debitore fosse in mora, bisognerebbe che il creditore per mezzo di un atto disteso da pubblico ufiziale, avente qualità a tale effetto, facesse comprovare la sua presentazione nel luogo in cui doveva esser fatto il pagamento, ed il rifiuto o l' assensa del debitore.

443. Se il termine sia in favore di quest' ultimo, lo che si presume, quando non risulti dalla stipulazione o dalle circostanze che siasi convenuto a fa-

vore del creditore (art. 1187 c. c. = *1140 ll. cc.*), la intimazione di consegnar la cosa deve anche esser fatta il dì appresso a quello della scadenza del termine; giacchè il giorno del termine appartiene per intero al debitore (1). E se la cosa perisse per caso fortuito, benchè dopo la intimazione, ma nel momento stesso in cui il debitore si mettesse in grado di obbedirvi, siccome nettampoco vi sarebbe ritardo da parte sua, la perdita non ricadrebbe su lui: *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viveret: et hic moram videtur fecisse,* QUI LITIGARE MALUIT, *quam restituere*; l. 82, § 1 ff. *de verb. oblig.* Or non puossi dire che colui il quale si affretta a consegnare, la cosa immediatamente che gli vien dimandata, *litigare maluit quam restituere.* In verità non sarebbe necessario, perchè fosse in mora e soggetto ai casi fortuiti, che si trovasse stato citato in giudizio; ma bisogna almeno che siasi negato a consegnar la cosa, mentrechè noi ragioniamo nell'ipotesi contraria.

444. Chi non può pagare per un impedimento legale (a), non può essere costituito in mora da colui al quale non può pagare, per esempio, chi de-

---

(1) L. 42, ff. *de verb. oblig.*, e § 2, *Instit.* nel medesimo titolo.

(a) Per giusta causa d' ignoranza dell' erede del creditore, o per parte di colui che rappresenta la eredità del defunto enfiteuta si ammette, non ostante qualunque patto in contrario, la purgazione della mora: *decisioni dei 20 giugno e 30 luglio 1829 della nostra Corte suprema di giustizia nelle cause tra* Acampora *ed* Acampora, *e tra* Lemetre e Lemetre.

ve ad un minore non emancipato, a cui non può validamente pagare (art. 1241 c. c.=*1194 ll. cc.*), non sarebbe costituito in mora con un atto di questo minore, benchè i minori possano migliorare la propria condizione; l. 17 § 3, ff. *de usuris et fructib.*

445. E *vice versa* colui al quale non si può dimandar la cosa non può, per questo stesso motivo, esser costituito in mora di consegnarla (1). Tale è il caso di un legato fatto sotto condizione sospensiva la quale non siasi ancora verificata, o con termine non peranco scaduto (2).

Tal' è il caso puranche in cui un minore fosse debitore di una cosa certa, per esempio come erede di suo padre, ed il creditore, in vece d' interpellare il tutore a consegnar la cosa, lo ha intimato egli stesso di fare tale consegnazione. Questa intimazione è insufficiente a costituire in mora il minore; art. 450 e 1238 c. c. = *373 e 1191 ll. cc.* insiem combinati.

446. La l. 127, ff. *de verb. oblig.*, suppone

Inoltre è da notarsi che sopra tutto in questa materia campeggia la regola desunta dalla legge 24 ff. *de cond. et demont.* e della legge 59 ff. *de regul. jur.*, di aversi cioè per fatto ciò che per altrui impedimento far non si possa. Sull' ultima legge Giacomo Gotofredo dice: *Ergo quemcumque mihi fingas qui in complementum contractus initi quid facere tenetur.... si per eum mora fit, quominus quid fiat, pro facto, quod faciendum erat, accipitur.* Siffatta regola ha luogo, siccome dice il giureconsulto Pomponio nella detta l. 59 ff. *de reg. jur.*, *in omnibus causis*, cioè nei contratti e nelle ultime volontà. Trad.

(1) L. 88, ff. *de regul. juris.*

(2) L. 59, ff. *de verb. oblig.*

che un pupillo abbia, senza l'autorità del suo tutore, promesso un certo schiavo, che un terzo lo abbia garentito, e che lo schiavo sia morto dopo che il pupillo era in mora di consegnare. Il giureconsulto Scevola dice che il fideiussore non è risponsabile della perdita, giacchè non è stato costituito in mora pel ritardo del pupillo a consegnar lo schiavo: *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est: esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex sua mora postea.* Questa sentenza sarebbe benanche seguita nel nostro dritto.

447. Ma nei casi ordinarii, la costituzione in mora del debitor principale perpetua eziandio l'obbligazione del fideiussore, o garante (1); mentrechè la mora del fideiussore non nuoce al debitor principale (2).

Quella di un debitor solidale perpetua similmente quella degli altri, nel senso che se la cosa dovuta perisca di poi per caso fortuito o pel fatto di un debitore, gli altri debbono il prezzo della cosa, ma non tuttavolta i danni e gl'interessi, che possono soltanto ripetersi da quello che era in colpa o in mora; art. 1205 c. c. = *1158 ll. cc.* Nondimeno la dimanda d'interessi proposta contra uno de'debitori solidali li fa decorrere contro tutti (art. 1207 c. c. = *1160 ll. cc.*); e la prescrizione interrotta con-

(1) L. 58, § 1, ff. *de fidejussor.*
(2) L. 32, § 5, ff. *de usuris et fructib.*

tro uno di essi lo è ugualmente contro gli altri; art. 1206 c. c. = *1159 ll. cc.* Spiegheremo questi punti più estesamente nel parlare della solidità.

448. La mora in cui fosse costituito il debitore è purgata con le offerte regolari (1) che egli fa della cosa, *post moram offerendo;* ed i casi fortuiti che erano a suo carico per effetto della sua mora, sono a carico del creditore dopo le offerte.

449. La mora del debitore è ugualmente purgata colla novazione, anche condizionale, e quantunque mancasse la condizione (2); benchè quando la condizione manca, la novazione per lo stesso motivo manca eziandio (3). Ma, come lo dice il giureconsulto Marcello nella succennata legge 72, § 1, ff. *de solut., in promptum contradictio est, debitorem cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse; nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

Ed avverrebbe così quantunque la novazione fosse stata fatta con l'intervento di un terzo, anche senza saputa del debitore, il cui luogo egli è venuto ad occupare, e la novazione fosse sotto una condizione la quale fosse pure mancata; mentre per ciocchè riguarda la purgazione della mora egli è come

—

(1) Diciamo colle offerte *regolari*, ma pel caso in cui le offerte non sieno perfettamente regolari, *V.* la l. 91, § 3, ff. *de verb. oblig.*

(2) L. 73, § 2, ff. *de verb. oblig.*; e l. 72, § 1, ff. *de solut.*

(3) L. 8, § 1, e l. 14, ff. *de novat.*

se il terzo avesse pagato in vece del debitore (1).

450. Se il creditore che abbia costituito in mora il debitore con una dimanda giudiziale lasciasse perimere la sua dimanda, si reputerebbe che il debitore non fosse stato costituito in mora: una dimanda perenta non ha alcun effetto; la prescrizione non è stata da essa interrotta (art. 2247 c. c. = *2153 ll. cc.*); in somma è come se non fosse stata formata; art. 401 c. pr. = *494 ll. pr. civ.* Ciò si applica ai danni ed interessi, o agl'interessi dovuti per inesecuzione dell'obbligazione per cause diverse dalla perdita della cosa o pel ritardo nell'esecuzione. Ma la semplice interruzione delle procedure per tre anni e più non basta a distruggere l'effetto della mora in cui il debitore è stato costituito dalla dimanda: bisogna che sia dimandata la perenzione stessa, e prima di essersi sanata con un atto valido; art. 399 *ibid.* = *492 ibid.*

451. E quando anche la mora non fosse stata purgata, se la cosa perita sarebbe perita ugualmente presso il creditore, nel caso in cui gli fosse stata consegnata, la perdita verrebbe pure sopportata da lui, secondo l'art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*; imperciocchè in questo caso il ritardo non gli avrebbe effettivamente cagionato alcun danno. Spetterebbe nondimeno al debitore il provare non solo il caso fortuito che allega *(ibid)*, ma ancora che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore se gli fosse

(1) Medesima l. 72, *de solut.* § 3.

stata consegnata. Il tutto, senza pregiudizio dell'effetto della stipulazione con la quale il debitore avesse assunto a carico suo i casi fortuiti *(ibid.)*; e di una disposizione speciale della legge che li mettesse a suo carico; art. 1822 c. c. = *1668 ll. cc.*

Nei casi ordinarii, e quando la cosa sia perita dopo la costituzione in mora del debitore, se il creditore pretendesse che egli l'avrebbe venduta prima della perdita, nella quale ipotesi il debitore sarebbe risponsabile del caso fortuito, la quistione di conoscere chi debba in fatti sopportar la perdita si risolverebbe secondo le circostanze della causa, e soprattutto secondo la professione del creditore (1).

452. Il ladro della cosa è pel fatto stesso del furto in mora di restituirla (a); e se essa perisca, anche per caso fortuito, la perdita vien da lui sopportata; art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*

Ma avremo ancora occasione di tornare a discutere molti di questi punti parlando del modo come si estinguono le obbligazioni.

---

(1) L. 31, § 3, ff. *de hered. petit.*

(a) È questa una eccezione alla regola riconosciuta dalla nostra suprema Corte di Giustizia nel dì 27 gennaio 1827, nella causa tra *Criscuolo* e *Spinelli*; cioè che niuno possa mettere in mora se stesso. TRAD.

SEZIONE III.

Dell' obbligazione di fare o di non fare.

SOMMARIO.

453. *Niuno può essere precisamente costretto a far ciò che ha promesso di fare.*

454. *Ma se non esegue l'obbligazione, si risolve essa in danni ed interessi.*

455. *Il creditore può farsi autorizzare a distruggere ciocchè siasi fatto contravvenendo all' obbligazione.*

456. *Ed anche a far eseguire da un altro l'obbligazione che consiste in far qualche cosa, quando ciò sia possibile.*

457. *Nelle obbligazioni di non fare, il debitore si pone da sè stesso in mora contravvenendovi, e deve i danni ed interessi.*

458. *L'obbligazione di fare non è alternativa per natura sua, abbenchè si risolva in danni ed interessi in caso d'inesecuzione.*

459. *Parimenti il debitore non può da principio offrire i danni ed interessi.*

460. *Dritto del creditore in una obbligazione di fare.*

461. *Non sempre egli è obbligato di farsi autorizzare per eseguire l' obbligazione da per sè stesso o per mezzo di un altro: esempii.*

462. *Conviene nondimeno scegliere questo partito quando possa ciò farsi senza gravi inconvenienti.*

453. Il rispetto dovuto alla libertà delle persone fece stabilire che colui il quale si è obbligato a far qualche cosa non possa precisamente esser costretto a fare ciocchè promise: *nemo ad factum precise cogi potest;* e chi si è obbligato a non fare una data cosa nettampoco può essere precisamente impedito di farla, allorchè l'impedimento fosse una restrizione alla sua libertà.

454. Ma siccome le obbligazioni che non sono in alcun modo contrarie alle leggi ed al buon costume debbono essere eseguite, il legislatore stabilì anche per massima, che « ogni obbligazione di fare o di « non fare (a), nel caso che il debitore non adem- « pia, *si risolve* nel risarcimento de' danni ed in- « teressi; art. 1142 c. c. = *1096 ll. cc.* »

(a) L'indole della obbligazione dalla quale sorgono le azioni personali è quella di costringere le persone a dare, a fare, o non fare qualche cosa: *stipulationum quœdam in dando, quœdam in faciendo consistunt*, è detto nella legge 2.ª ff. *de verb. obl.* Il *dare* qui importa trasferimento di dominio: l. 75 § 10 ff. *eod. tit.*; ed il *facere* importa un fatto, una tradizione. All'obbligazione poi di dare, o di fare vi è annessa di dritto l'altra di pretendere ancora quella di non fare. In ambedue i casi non varia il dritto di colui che si giova dell'obbligazione. Giacomo Gotofredo nel comento sulla legge 121 ff. *de regulis juris* così si esprime: *Non facere et facere eadem effectu esse, et retro, facere, et non facere; sic ut actioni ex stipulatu semper locus sit; pœnaque committatur.* Nella legge 60 ff. *de condict. et demonstrat.* dicesi *ut qui detur, ut quid fiat*, dopo essersi avvertito che il *fiat* potea portare a stipulazione così affermativa, che negativa: *fiat, vel non fiat.... qui id quod in faciendo stipulatur.* I verbi poi *dare* e *facere* contengono un esteso significato, abbracciando indefinitamente ogni atto che importi fatto preciso, oppure tradizione, restituzione ec. ec. Nella legge unic. cod. *de thesaur*, e nella l. 5 § 12, ff. *de commod.* si spiega che il *dare* importa anche *tradere*. E relativamente al *facere* sulla legge 218 ff. *de verb. sign.* si dice da Papiniano *verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, ambulandi.* Quindi nel *dare* e nel *facere* si trovano, secondo il dritto romano, il *tradere* ed il *restituere* che si verificano nel comodato, nel deposito, e nel pegno. Le nostre attuali leggi civili si valgono delle espressioni di *restituire* in questi particolari contratti; ma è chiaro, che la restituzione espressa in siffatti casi particolari sia virtualmente compresa sotto le generiche espressioni adoperate nell'articolo 1055 delle leggi civili contenente la definizione dei contratti. Trad.

455. E nelle obbligazioni di non fare, il creditore ha anche dritto di dimandare che sia distrutto ciocchè si fosse fatto in contravvenzione alla obbligazione; e può farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, senza pregiudizio de' danni ed interessi ancora, se competano; art. 1143 c. c.=*1097 ll. cc.*

456. Nel caso d'inadempimento può ugualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso l'obbligazione a spese del debitore, allorchè questa esecuzione sia possibile; art. 1144 c. c.=*1098 ll. cc.*

457. Infine se l'obbligazione consista nel non fare, colui che vi contravviene è tenuto a' danni ed agl'interessi pel solo fatto della contravvenzione; art. 1145 c. c. = *1099 ll. cc.* Si pone da sè stesso in mora.

458. Ma dacchè ogni obbligazione di fare o di non fare si risolve nel risarcimento de' danni ed interessi nel caso d'inesecuzione, non bisogna conchiuderne che il debitore abbia, per la natura stessa dell'obbligazione, sì nel foro interno che nel foro esterno, il potere di liberarsi col pagamento de'danni ed interessi allorchè possa ancora eseguire l'obbligazione, come se fosse obbligato sotto alternativa o almeno come se la sua obbligazione fosse una di quelle che chiamansi *facoltative* (1); imperocchè i danni ed

(1) Chiamasi in dritto obbligazione *facoltativa* quella che ha per oggetto una determinata cosa, e quando il debitore abbia facoltà di pagarne in vece un'altra. Per esempio: *lego a Paolo il mio giardino, se pure non piaccia al mio erede di sborsargli sei mila franchi*; i

interessi prendono soltanto il luogo di ciò ch' erasi compreso nella convenzione; l'obbligazione, come lo dice l'art. 1142 c. c. = *1096 ll. cc.*, nel caso che il debitore non adempia, *si risolve* nel risarcimento de' danni ed interessi. In verità allorchè il debitore gli avrà pagati, sarà liberato; nè il creditore potrà più procedere contra di lui. Ma sarà sempre vero il dire che il debitore non avrà perfettamente adempita la sua obbligazione, come l' avrebbe regolarmente adempita se in vece di promettere puramente e semplicemente di fare o non fare la tale cosa, avesse promesso di farla (o di non farla), o di pagare una indennità al creditore con l'idea di contrarre così un' obbligazione alternativa.

Ed appunto perchè non è obbligato sotto alternativa, non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile fu impedito di eseguire ciocchè promise di fare, o fece ciocchè si avea vietato (art. 1148 c. c. = *1102 ll. cc.*); mentrechè se l'obbligazione fosse effettivamente alternativa, dovrebbe ancora in questo caso l'indennità promessa; imperocchè l' obbligazione alternativa divien pura e semplice se una delle cose promesse perisca e non possa più consegnarsi; art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.* Ed abbenchè quest'articolo parli delle obbligazioni di *dare*, la sua disposizione non è meno applica-

giardino è il solo oggetto del legato; i sei mila franchi sono *in facultate solutionis*. E l' obbligazione sarebbe alternativa se io avessi detto, *lego a Paolo il mio giardino o sei mila franchi*. Del resto spiegheremo questi punti nel capitolo seguente.

bile alle obbligazioni alternative di fare o di non fare, comprendendo nel tempo stesso cose e fatti.

459. Poichè l' obbligazione di fare o di non fare non comprende direttamente i danni ed interessi, e soltanto si *risolve* in danni ed interessi nel caso d'inadempimento, ne segue pure che il debitore non ha dritto di offrire al creditore l'indennità, in luogo del fatto che promise, o da cui abbia convenuto di astenersi: soltanto il creditore in caso d' inadempimento ha dritto di far praticare la stima de' danni ed interessi che gli son dovuti, ed il debitore quello di far allora offerte. Nondimeno in caso di procedure, può quest'ultimo arrestarne il corso offrendo di pagare l' indennità che potrà esser dovuta; e dopo questa offerta le spese fatte dal creditore rimarrebbero a suo carico personale, come spese inutili. In somma il debitore non può prevenire la dimanda giudiziale, ma può arrestarne il corso. Tali sono le vere regole in materia di obbligazione di fare o di non fare non contratta in modo alternativo o *facoltativo*.

460. E siccome in considerazione soltanto della libertà delle persone non puossi costringere precisamente il debitore a fare ciocchè promise, o ad astenersi di fare ciò che si vietò, ne segue similmente, come lo abbiam detto, che quando il creditore potrà fare eseguire l' obbligazione da un altro, può farla eseguire, facendosi autorizzare a tale effetto; ed allora l'esecuzione ha luogo a spese del debitore (art. 1144 c. c. = *1098 ll. cc.*), il quale potreb-

be ancora essere soggetto ai danni ed interessi pel ritardo nell' esecuzione, senza parlare delle spese giudiziarie. Il creditore può similmente farsi autorizzare a distruggere ciocchè si fosse fatto in contravvenzione dell'obbligazione, senza pregiudizio pure de' danni ed interessi, se competano; art. 1145 c. c. = *1099 ll. cc.* (a).

461. Non è anche sempre necessario che il creditore ottenga l' autorizzazione giudiziale a far eseguire l' obbligazione del debitore: in moltissimi casi quest' autorizzazione sarebbe necessariamente tardiva. Per esempio, se il mio vicino siasi obbligato verso di me, mediante un certo prezzo, a somministrarmi un tino per fare il mio vino, ed al momento in cui siavi necessità di far la vendemmia, mi dichiari di non potermelo o volermelo somministrare, è chiaro che per procurarmene un altro a sue spese, io non abbia bisogno di farmi autorizzare dal magistrato; imperocchè vi è pericolo nella mora. Dicasi

---

(a) I suddetti articoli 1098 e 1099 delle leggi civili, in conformità de' principii da noi sviluppati nella precedente nota al n.° 92, non ammettono l' azione di ripetizione della cosa data, non dandosi luogo a pentimento, ma la sola azione *in factum*. Può però aver luogo la ripetizione *ex condictione causa data causa non secuta*, quando uno dei contraenti sia impedito da forza irresistibile a poter adempire: siccome questi trae profitto dal fatto della parte adempiente, deve a favore della stessa accordarsi la detta azione di ripetizione. Ecco le espressioni di Strichio (*sect. 1. membr. 4. § 31*): *Si enim quis vel rem, vel obligationem a nobis acceperit, et postea animadvertat, rem sine causa apud se esse, tacite videtur obligasse se ad restitutionem rei, pariter sicut in condictione indebiti.* Lo stesso principio viene da Boemero (*de act. sect. 2. cap. V. § 21*) sviluppato con maggiore estensione e chiarezza. Trad.

le stesso se un individuo il quale si obbligò di trasportarmi nella tale città mi lasci per istrada in conseguenza di un fatto di cui egli è risponsabile: io posso far eseguire l'obbligazione da un altro. Soltanto in questi ed altri simili casi debbo farla eseguire alle migliori condizioni possibili.

462. Del resto allorchè le circostanze lo permettano, è conveniente d'intimare il debitore per costituirlo in mora e per sentir dire che atteso il suo ritardo, il creditore è autorizzato a far eseguire l'obbligazione a sue spese; e se la materia richiegga effettivamente celerità, la citazione potrà farsi a breve termine, ed anche generalmente per sommaria esposizione, innanzi al presidente del tribunale, il quale pronunzia in via di ordinanza; art. 72, 806 e seg. c. pr. = *166 e 889 ll. pr. civ.*

SEZIONE IV.

De' danni ed interessi risultanti dall' inadempimento dell'obbligazione o dal ritardo apportato nell'esecuzione.

SOMMARIO.

463. *Il debitore che non esegua l'obbligazione per colpa sua deve i danni ed interessi.*

464. *Li deve nondimeno sol quando sia in mora, tranne se la cosa non possa darsi o farsi se non in un certo tempo ch' egli ha lasciato trascorrere; ma ne è motivo che allora si costituisce da se stesso in mora.*

465. *Ciò non forma alcun dubbio nelle obbligazioni di fare che non potevano eseguirsi se non in un certo tempo che il debitore avesse lasciato trascorrere.*

466. *Ma nelle obbligazioni di dare le quali anche non possono ese-*

guirsi che in un certo tempo, il debitore per dritto comune non è in obbligo di recar la cosa presso il creditore o altrove.

467. *Perchè il debitore sia immune dai danni ed interessi in caso d'inadempimento di un' obbligazione qualunque, deve giustificare di non averla eseguita per effetto di una forza irresistibile e di una causa estranea.*

468. *Diverse con[illegible]nze.*

469. *Nelle obbligazioni di fare non eseguite anche per effetto di forza irresistibile, il creditore non deve alcun prezzo, a differenza delle obbligazioni di dare quando la cosa sia perita per caso fortuito.*

470. *I danni ed interessi si compongono in generale della perdita sofferta e del lucro mancato: disposizione degli art. 1149, 1150 e 1151 c. c.*

471. *Il creditore, e[illegible]tto taluni casi, deve chiaramente giustificare la perdita che p[illegible]e aver sofferto ed il lucro che non fece.*

472. *Quando non pe[illegible]o dolo il debitore non abbia eseguita l'obbligazione o l'abbia male eseguita, deve soltanto i danni ed interessi che furono preveduti o che si potettero prevedere in tempo del contratto: esempio.*

473. *Ma quando fosse in mala fede, deve anche i danni ed interessi che non si prevedettero e neanche si potettero prevedere in tempo del contratto, purchè nondimeno il detrimento sia una diretta ed immediata conseguenza dell' inadempimento della sua obbligazione.*

474. *Ma non deve altri danni ed interessi: esempio.*

475. *Continuazione e diversi esempii de' danni ed interessi dovuti nell' una o l' altra ipotesi.*

476. *Continuazione.*

477. *Continuazione.*

478. *Continuazione.*

479. *Continuazione.*

480. *La materia de' danni ed interessi è molto astratta: il giudice nello stabilirli deve aver presente piuttosto l'equità che le regole assolute.*

481. *Dev' esser più facile ad accordarne per una perdita effettiva che per un lucro mancato.*

482. *In generale la sua decisione su questo punto è esente dalla censura della Corte suprema: pur nondimeno avviene altrimenti quando la legge o le parti medesime abbiano stabiliti i danni ed interessi in caso d'inadempimento.*

483. *Quando vi sia convenzione a tal riguardo, dev'essere esegui-*

ta : non può il magistrato farvi alcun cangiamento, se nulladimeno non sia un' usura celata.

484. *Questa convenzione altro non è in generale che una clausola penale: conseguenze.*

485. *In che nondimeno possa differirne.*

486. *Generalmente non rende per sè stessa alternativa l'obbligazione : conseguenza.*

487. *Finchè l'interesse convenzionale potè [illegible]cedere la quantità dell' interesse legale, la clausola dovè eseguirsi secondo il suo tenore anche nelle obbligazioni di somme o di cose che si consumano coll' uso.*

488. *Ma dopo la legge del 3 settembre 1807 dovè in queste specie di obbligazioni essere ridotta ne' suoi effetti, se conteneva un' usura proibita, sebbene in certi casi una clausola penale eccedente anche la quantità degl' interessi leciti possa essere interamente valida.*

489. *Nelle obbligazioni che si limitano [illegible]gamento di una data somma, i danni ed interessi non posson[illegible]sistere in generale che nell' interesse legale: testo dell' art. 1153 c. c.*

490. *Motivi sui quali è fondata la sua principale disposizione.*

491. *Altra eccezione da aggiungersi a quelle indicate da questo articolo.*

492. *Questi danni e interessi, o piuttosto quest' interessi, non corrono che dal giorno della dimanda, eccettuato nei casi in cui la legge li faccia decorrere di pieno dritto.*

493. *Molti di simili casi.*

494. *Testo dell'art. 1154 c. c. il quale permettendo che gl'interessi possano produrre interessi a loro volta, autorizzò l'anatocismo, ma tuttavia con talune condizioni e restrizioni; e testo dell'art. 1155 c. c., che l'autorizza puramente e semplicemente nei debiti ch' enuncia.*

495. *L' anatocismo era vietato per massima nell'antica giurisprudenza.*

496. *Neanche potevasi mutuare con interesse; ciocchè aveva fatto immaginare le costituzioni di rendita in perpetuo.*

497. *Motivi delle limitazioni stabilite nell' art. 1154 c. c.*

498. *Due quistioni alle quali dà luogo questo articolo.*

499. *La prima, se la convenzione che gl'interessi dovuti almeno per un' annata ne produrranno dal loro canto, possa aver luogo fin da principio; risoluta affermativamente.*

500. *La seconda, se quando gl' interessi son dovuti ed esigibili, possasi validamente convenire che ne produrranno anch' essi, abbenchè quest' interessi non sieno dovuti per un godimento del capitale durante un anno; risoluta puranche affermativamente.*

501. *Non avvi del resto alcun dubbio, quando io fo la convenzione con un terzo delegato dal debitore, il quale per via di novazione assume sopra di sè l' obbligazione di quest' ultimo.*

502. *Ma una dimanda giudiziaria non può far produrre interessi ad interessi dovuti* per *meno di un anno, abbenchè fossero maturati da più di un anno.*

503. *La dimanda deve contenere gl' interessi degl' interessi; il creditore deve conchiudere per quest' interessi; altrimenti il magistrato accordandoglieli, commetterebbe un* ultra petita.

463. Generalmente in tutte le obbligazioni di dare o di fare qualche cosa, il debitore che non vi adempia è soggetto ai danni ed interessi verso il creditore, se però il non aver egli adempito non provenga da una causa estranea non imputabile a lui; art. 1146 e 1147 c. c. = *1100 e 1101 ll. cc.*

464. Tuttavolta i danni ed interessi sono dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione, ammenochè, dice l'art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.* (a), la cosa che si è obbligato

---

(a) La compilazione del detto articolo 1146 del codice civile francese offriva un certo controsenso opposto allo scopo ed al sentimento che si ebbe in mira dai compilatori di detto codice. Per cui nell'art. 1139 del progetto (corrispondente all'art. 1100 delle leggi civili) si volle esprimere con maggior chiarezza, che quando taluno ha mancato di fare o dare una certa cosa, la quale non potea esser fatta o data se non in certo determinato tempo, che ha lasciato trascorrere, in tal caso il debitore è in mora per dritto, ed egli è tenuto ai danni ed interessi. Se l' obbligazione era di tale indole, che non potea utilmente adempirsi se non in certo tempo, che egli ha lasciato scorrere, sembra chiaro che il debitore sia in colpa quante volte il fatto, o altro, che promise, non siasi adempito a tempo utile. La legge in sostanza ha voluto esprimere, che in questo caso per dirsi contratta la mora, non vi bisogna intimazione formale, ma si contrae *ipso jure*, tosto che è passato il tempo utile, tra cui l'obbligazione doveva adempirsi. Quindi sorge la responsabilità ai danni ed interessi. TRAD.

di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, ch' egli ha lasciato trascorrere.

Vedemmo che, giusta l'art. 1139 c. c.=*1093 ll. cc.*, il debitore è costituito in mora tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun atto.

Vedemmo eziandio che nelle obbligazioni di non fare, il debitore è in mora col solo fatto della contravvenzione, ed è tenuto per lo medesimo motivo ai danni ed interessi; art. 1145 c. c.=*1099 ll. cc.*

In molti casi la legge medesima costituisce in mora il debitore, ed in conseguenza fa decorrere *ipso jure* gl' interessi contro di lui, a contar dalle epoche da essa determinate (art. 1153 c. c.=*1107 ll. cc.*), o gl' impone talune obbligazioni per aver trascurato di adempierne altre in un dato tempo, o per un dato tempo; art. 1912 c. c.=*1784 ll. cc.*

465. Del resto quando il citato art. 1146 dice che nelle obbligazioni di dare o di fare qualche cosa la quale non possa esser data o fatta se non in un determinato tempo che il debitore ha lasciato trascorrere, questi deve i danni ed interessi, bisogna tuttavia distinguere tra le obbligazioni di dare e quelle di fare.

In fatti allorchè si tratta di un' obbligazione di fare la quale non poteva eseguirsi se non in un determinato tempo che il debitore lasciò trascorrere senz' adempiere al suo obbligo, egli deve per lo stesso

motivo i danni ed interessi: si è costituito da sè stesso in mora, ed a tal caso soprattutto è applicabile l'adagio, *dies pro homine interpellat.*

Per esempio, se vi diedi mandato di rinnovare per me una iscrizione ipotecaria, che è sul punto di perimersi, e se, quantunque accettando il mio mandato, voi nondimeno trascuraste di rinnovare tale iscrizione nel termine utile, e ciò non per effetto di qualche ostacolo o impedimento che vi renda scusabile, ma per negligenza, indifferenza o cattiva volontà, voi sarete risponsabile verso di me del danno cagionatomi per effetto della inesecuzione del mandato; art. 1991 c. c. = *1863 ll. cc.*

Così ancora, se il tipografo di un giornale trascuri d' imprimerlo regolarmente; se cessi specialmente per parecchi giorni di farlo per sua colpa o impotenza personale, e tale inesattezza faccia perdere degli associati al proprietario del giornale, questi può ottenere i danni ed interessi; ed il tipografo non eviterebbe la condanna offrendo di consegnare i fogli che mancò di dare, giacchè non potrebbe farlo ora colla medesima utilità pel proprietario del giornale.

In questi ed altri simili casi il debitore si costituisce da sè medesimo in mora non facendo nel tempo stabilito ciocchè erasi obbligato di fare: del pari che nelle obbligazioni di non fare, il debitore è tenuto ai danni ed interessi verso del creditore, per la sola ragione che fece ciocchè si aveva vietato; art. 1145 c. c. = *1099 ll. cc.*

466. Ma circa alle obbligazioni di dare, anche

del numero di quelle che non possono eseguirsi utilmente pel creditore se non in un determinato tempo che il debitore lasciò trascorrere, non sempre nondimeno quest'ultimo è tenuto ai danni ed interessi pel solo fatto di essere trascorso il tempo. In fatti, come il dicemmo in occasione della perdita della cosa, per dritto comune il debitore non è tenuto di trasportare l'oggetto del debito al domicilio del creditore, o altrove, nè di fargli offerte. Neanche vi è tenuto in queste specie di obbligazioni, se non siavisi soggettato; e se il creditore non si presenta per dimandare la cosa nel luogo ove deve farsi il pagamento, è sua colpa. Or il pagamento deve eseguirsi nel luogo indicato dalla convenzione. Se il luogo non vi è indicato, il pagamento, allorchè si tratti di un corpo certo e determinato, deve farsi nel luogo in cui era la cosa che ne forma l'oggetto nel tempo della convenzione. Fuori di questi due casi, deve farsi nel domicilio del debitore; art. 1247 c. c. = *1200 ll. cc.* Se dunque il creditore non siasi presentato per ricevere il pagamento nel luogo ove doveva essergli fatto, il debitore non gli deve alcun danno ed interesse, abbenchè la cosa non potesse esser data utilmente pel creditore che in un determinato tempo; ma perchè fu egli quello il quale lasciò trascorrere il tempo, e non il debitore, questi non è in mora. Sarebbe indubitatamente in mora se avesse promesso di consegnare la cosa nel tale luogo, nel domicilio del creditore o altrove, poco importa, e non fosse messo in grado di

poterlo fare; o, se si trattasse di un corpo certo e determinato che era in un dato luogo nel tempo della convenzione, l' oggetto non più vi si trovasse nel tempo in cui deve farsi il pagamento. Bisognerebbe ancora in questi medesimi casi, perchè il debitore fosse soggetto ai danni ed interessi, che l'obbligazione non avesse potuto eseguirsi colla medesima utilità pel creditore, se non in un determinato tempo che avesse lasciato trascorrere, poichè soltanto in siffatta supposizione l' art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.* lo rende risponsabile de' danni ed interessi allorchè non sia in mora; or l'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.* ci dice come nelle obbligazioni di dare il debitore si costituisca in mora: cioè o con una intimazione o altro atto equivalente, o quando la convenzione esprima che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine, e senza necessità di alcun atto. Se non esista tale convenzione, e neanche vi sia stata intimazione fatta al debitore, questi dunque non fu costituito in mora, sebbene siasi specialmente indicato un luogo per farvi il pagamento; e perchè sia soggetto ai danni e interessi, in virtù ancora dell' art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.*, è d'uopo dunque che la cosa che erasi obbligato di *dare* non potesse esser data se non in un determinato tempo che avesse lasciato trascorrere, ciocchè forma un punto di fatto la cui decisione dipende dalle circostanze della causa. Tal sarebbe il caso in cui il capitano di una nave, sul punto di mettere alla vela, comprasse vettovaglie pel suo equipaggio, consegna-

bili a bordo ed in un determinato giorno: se il venditore non consegnasse nel giorno convenuto, ed il compratore obbligato a partire, avesse comprato vettovaglie da altri a maggiore prezzo, ma nondimeno al prezzo corrente quel giorno, o presso a poco, avrebbe dritto ai danni ed interessi *ipso facto*, quando anche il venditore non fosse stato messo in mora con una intimazione o altro atto equivalente, e quando anche eziandio la convenzione non istabilisse espressamente che il venditore sarà in mora per la sola scadenza del termine preso per la consegnazione e senza necessità di alcun atto; imperocchè lo stabiliva implicitamente colla circostanza che l' obbligazione non poteva eseguirsi se non in un determinato tempo, circostanza conosciuta dal venditore. Ciò vuol dire l' art. 1146 c. c.=*1100 ll. cc.*, il quale parla positivamente su questi casi, delle obbligazioni di *dare* come di quelle di *fare*.

467. Il debitore è condannato, se occorre, al pagamento de' danni ed interessi, tanto se non adempia all'obbligazione, quanto se ne ritardi l' adempimento, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede; purchè però egli non pruovi che la mancanza (o il ritardo) sia provenuta da una causa estranea non imputabile a lui; art. 1147 c. c.=*1101 ll. cc.*

Ma il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato, o abbia fatto quello che gli era vietato (art.

1148 c. c. = *1102 ll. cc.*); menochè non avesse assunto sopra di sè i casi fortuiti con una clausola speciale, come il potette; art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*

468. Da siffatte regole convien dedurre le seguenti conseguenze:

1.° L'impotenza personale del debitore non può essere da lui allegata; è sua colpa lo aver contratta un' obbligazione che non poteva adempiere. Quando ne era possibile l' esecuzione perchè le leggi di natura e le leggi civili o il buon costume non vi apponevano alcun ostacolo, e quando essa neanche mancò per cause o circostanze estranee che non possonsegli imputare, è tenuto ai danni ed interessi verso il creditore.

2.° Allorchè allega una forza irresistibile o un caso fortuito per iscusarsi di non aver eseguito l'obbligazione, è tenuto di provare il fatto che deduce; art. 1302 e 1808 c. c. = *1256 e 1654 ll. cc.*

3.° Ognivolta che il caso fortuito sia stato preceduto da qualche colpa per sua parte, di cui dovrebbe essere risponsabile secondo la natura della convenzione, tale avvenimento non può sottrarlo alla condanna dei danni ed interessi; art. 1807 c. c. = *1653 ll. cc.*

E circa ai casi nei quali è risponsabile per una colpa che gli si potesse rimproverare, *V.* quanto più innanzi fu detto sull' art. 1137 c. c. = *1091 ll. cc.*, n.° 397 e seguenti.

469. Ma indipendentemente dalle differenze da

noi indicate tra le obbligazioni di dare e quelle di fare, ve ne ha un'altra ben importante.

Nelle obbligazioni di dare se la cosa promessa perisca per caso fortuito prima che il debitore sia in mora a consegnarla, la perdita vien sofferta dal creditore, che non è men obbligato, come il dimostrammo sull'art. 1138 c. c.=*1092 ll. cc.* (n.° 420 e segu.), di pagare il prezzo, se siasene stipulato, o di consegnare dal suo canto ciocchè in cambio ha promesso. Mentrechè nelle obbligazioni di fare rimaste senza esecuzione, anche senza colpa dell'obbligato, questi non può domandare ciocchè gli fosse stato promesso, nè ritenere ciocchè gli fosse stato già pagato. Egli il dimanderebbe o lo riterrebbe *sine causa*, per una causa che non ebbe effetto.

Siffatta differenza tra le obbligazioni di fare e quella di dare è chiaramente notata nelle leggi romane. Precedentemente si vide che, giusta il § 3 delle Instituta, tit. *de empt. et vendit.*, e giusta altri testi ancora, se la cosa venduta sia perita per caso fortuito, e prima che il venditore fosse in mora a consegnarla, il compratore doveva sempre pagare il prezzo; mentrechè, secondo la legge 5, *princip.* ff. *de condictione causa data, causa non secuta*, se vi sborsai una somma perchè andaste a fare per me un viaggio nel tale luogo (per esempio per andare a Lione a rappresentarmi in un fallimento), ed una malattia o qualche altro accidente v'impedisca di fare tal viaggio, io posso dimandare la restituzione di ciocchè vi sborsai; dovrei soltanto farvi indenne se

mai aveste fatto per tale oggetto qualche spesa necessaria.

Scorgiamo ancora negli art. 1795 e 1796 c. c.= *1641 e 1642 ll. cc.* che il contratto di locazione di opera si scioglie colla morte dell'artefice, dell'architetto o dell'appaltatore, e che il proprietario non è tenuto a pagare l'importare de' lavori a' loro eredi che in proporzione del prezzo stabilito dalla convenzione e del valore delle opere fatte e de' materiali preparati, ed allora soltanto che tali lavori e tali materiali possano essergli utili. Veramente nella specie risoluta dalla precitata legge romana, chi diede la commissione non è meno obbligato di detrarre da ciocchè sborsò la somma delle spese necessarie fatte dall'altra parte per imprendere il viaggio, senzachè il giureconsulto distingua a tal riguardo tra il caso in cui queste spese possano o pur no essergli utili; ma è dessa una quistione secondaria, e crediamo che nei contratti diversi da quelli di locazione di opera dovrebbe risolversi come la risolve il giureconsulto romano.

E nella locazione delle cose, se la cosa perisca per caso fortuito, il contratto si scioglie; art. 1741 c. c. = *1587 ll. cc.* Da questo momento il locatore non può più domandare il fitto, perchè la sua obbligazione era di *far godere* il conduttore, e subitochè egli cessa di adempiere a tale obbligazione, poco importa il motivo, non avvi più fitto: lo dimanderebbe *sine causa*. Egli aveva promesso di procurare al conduttore un godimento successivo, ed

appunto per tal godimento successivo erasi quest'ultimo obbligato di pagare il fitto: quando dunque quello finisce, finisce con esso l'obbligazione di pagare il fitto (1).

Al contrario nelle obbligazioni di dare, non è vero il dire che il venditore, per esempio, dimandi *sine causa* il prezzo da lui stipulato, pel solo motivo che non consegna la cosa, la quale è perita per caso fortuito; imperocchè questo prezzo gli fu promesso in cambio dell'obbligazione da lui contratta di consegnarla. Or egli è liberato da tale obbligazione colla perdita della cosa avvenuta senza sua colpa e prima che fosse in mora; l'altra parte dunque deve adempiere la sua, o giustificar pure che n'è liberata in uno de' modi espressi dalla legge.

470. L'art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.* dice che i danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta, e pel guadagno di cui fu privato (2), salve le modificazioni ed eccezioni stabilite negli articoli seguenti.

---

(1) *V.* su tal punto e sopra molti altri la importante differenza che sussiste tra la vendita di un dritto di usufrutto ed il contratto di locazione, nel tomo IV, n.° 472.

(2) È questa la definizione datane dal giureconsulto Paolo: *quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*; l. 13., ff. *ratam rem hab.*

Giustiniano aveva deciso colla l. *unica*, Cod., *de sentent. quæ pro eo quod interest*, che i danni ed interessi, *in certis casibus*, cioè, come lo spiega Molineo (*tract. de eo quod interest*, n.° 42 e segu.), allorchè non si riferiscono se non alla cosa che formò l'oggetto dell'obbligazione, non sarebbero stabiliti oltre al doppio del valore di

Primieramente il debitore non è tenuto se non a' danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si potevan prevedere nel tempo del contratto, quando l' inadempimento della obbligazione non derivi da suo dolo; art. 1150 c. c. = *1104 ll. cc.*

E quando anche l' inadempimento della convenzione provenga dal dolo del debitore, i danni e gl' interessi relativi alla perdita sofferta ed all' utile perduto dal creditore, non debbono estendersi se non a ciò ch' è una conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento della convenzione; art. 1151 c. c. = *1105 ll. cc.*

La regola che i danni ed interessi si compongono della perdita sofferta dal creditore e del guadagno di cui fu privato, riceve ancora alcune altre modificazioni, che saranno da noi sviluppate dopo aver esaminato le summenzionate disposizioni.

471. Poichè il creditore dev' esser fatto indenne della perdita da lui sofferta e del guadagno di cui fu privato per effetto dell' inadempimento dell' obbligazione, risulta da ciò che deve in generale giustificare tale perdita e tale privazione di guadagno. Egli è attore, il peso della pruova gravita su lui: la sua dimanda sarebbe dunque rigettata se si limitasse a chiedere una data somma per suoi danni

---

questa cosa, compresovi tal valore. Ma siffatta risoluzione non fu seguita nella nostra antica giurisprudenza francese, e non è di alcuna autorità vigente il Codice. *V.* del resto Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 164 e seguenti.

ed interessi, ed a dire che gli stima per tale somma; deve dimandarli per *istato*, e giustificare, se il convenuto il richiegga, le assertive contenute nello stato: salvo il caso in cui l'obbligazione si limiti al pagamento di una somma determinata, nel qual caso il creditore ha dritto ai danni ed interessi stabiliti a norma degl'interessi legali, senza esser tenuto a giustificare alcuna perdita o alcuna privazione di guadagno (art. 1153 c. c.= *1107 ll. cc.*), come fra poco lo spiegheremo (a).

(a) Il consigliere Sollima nella Camera di grazia e giustizia dell'abolito Consiglio di Cancelleria richiese doversi togliere le parole *correnti nel tempo della mora* contenute nell'art. 1146 del progetto, e sostituirsi l'espressioni *interessi secondo la misura indicata dalla legge*, in conformità dell'art. 1153 dell'abolito codice civile francese.

Il consigliere Magliano osservò che la riforma suddetta poggiava sulle circostanze di non esservi presso di noi legge che determini la quantità degl'interessi. Aggiunse essersi ormai riconosciuto, che secondo anche l'avviso del nostro Galiani (*lib. 5. della moneta*), per diminuire l'interesse, bisogna provvedere con mezzi indiretti, fare per esempio che i frutti dei debiti dello Stato siano per quanto riesca possibile minori, ed in oltre evitare il monopolio del denaro, ed assicurarne la restituzione. A questo oggetto sono sommamente utili il sistema *dei pegni* che si fanno dai *Banchi* nella Capitale, e quelli che nelle provincie si eseguono dai diversi *Monti di pegni*, che dovrebbero moltiplicarsi.

Il consigliere Pasqualini manifestò, che oltre questi mezzi indiretti, era necessario il determinare la misura dell'interesse convenzionale, che secondo *il progetto* può oltrepassarsi nel solo *contratto vitalizio*, potendosi la rendita *vitalizia costituire alla* ragione che piace alle parti di stabilire. Avvertì, che in tutt'i paesi commercianti, al dire di Robertson (*Storia di Carlo V. nota 30 al quadro dei progressi della società in Europa*) viene dalla legge determinato l'interesse, che chiamavasi *interesse legale del danaro*. Soggiunse ch'essendosi dal *progetto* abolito *l'anatocismo*, che permettevasi dal codice civile francese, era mestieri determinare la misura dell'interesse convenzionale.

Nondimeno nei casi in cui è impossibile di comprovare altrimenti il valore della cosa dimandata, il giudice può deferire il giuramento al creditore su questo valore; ma deve allora determinare la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento; art. 1369 c. c. = *1323 ll. cc.*

472. Quando non per dolo del debitore l'obbligazione non fu da lui eseguita, o il fu malamente, o tardivamente, non è tenuto, abbiam detto, a ti-

—

Il consigliere Sarno manifestò di essersi andato ad un opposto estremo, dappoichè le nostre antiche costituzioni e le prammatiche punivano severamente la usura, ed ora non solo si volevano esentare dalla sanzione penale, ma da ogni limitazione, aprendosi l'adito a scandalosi interessi, al rovinoso contratto di *moatra*, ed alla desolazione d'innumerevoli famiglie. Rammentò che a testimonianza di Cicerone *(lib. 2. de offic.)*, interogato Catone che cosa opinasse riguardo all'usura, rispose: *fœnerari idem esse ac hominem occidere.*

Il Reggente principe di Cardito disse, che in tutt'i paesi dell'Europa era dalla legge determinato il massimo dell'interesse convenzionale, tanto per gli affari civili, che commerciali, non potendosi dai legislatori trasandare un oggetto di sì grave importanza. Conchiuse che siccome però la ragione degl'interessi può esser variabile, doveva stabilirsene la misura con una legge particolare, come praticossi in Francia colla legge dei 3 settembre 1807, che fissò l'interesse negli affari civili al cinque per cento, e negli affari commerciali al sei per cento; quale legge particolare (*) veniva richiesta dagli art. 1847 e 1849 del progetto corrispondente agli art. 1777 e 1779 delle leggi civili.

La camera di grazia e giustizia del già supremo Consiglio di Cancelleria si uniformò al sentimento del Reggente principe di Cardito. Trad.

(*) Fu emessa presso di noi nel dì 7 aprile 1828 la cennata legge per regolare gl'interessi convenzionali nel mutuo; ma la stessa sino al momento non si è posta in osservanza pe' diversi regolamenti che richiede, onde fissarsi in ogni anno il corso degl'interessi. Trad.

tolo di danni ed interessi, che della perdita e della privazione di guadagno sofferta dal creditore, che furono prevedute o che si potettero ragionevolmente prevedere al tempo del contratto. Così, nel caso di vendita fatta in buona fede della cosa altrui, se il compratore sia evinto, il venditore indipendentemente dalla restituzione del prezzo e degli altri oggetti enunciati nell'art. 1630 c. c. = *1476 ll. cc.*, deve farlo indenne di quanto la cosa ha aumentato di valore, anche senza il fatto del compratore (art. 1633 c. c. = *1479 ll. cc.*); imperocchè tale aumento di valore potè prevedersi al tempo del contratto. Altronde gli eventi di diminuzione di prezzo erano a peso del compratore: dunque deve profittare dell'aumento di valore, se ve ne sia. Il venditore è tenuto puranche a rimborsargli o farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo di tutte le riparazioni e miglioramenti utili che abbia fatto al fondo; art. 1634 c. c. = *1480 ll. cc.* Il proprietario stesso non è tenuto di rimborsarlo che sino alla concorrenza di quanto è stato aumentato il valore del fondo (art. 555 c. c. = *480 ll. cc.*); ma il venditore deve il dippiù, perchè è questo un danno che potè prevedersi al tempo del contratto. Mentrechè non sarebbe tenuto a rimborsargli le spese voluttuose e di mera delizia, se non quando avesse venduto con mala fede il fondo di un altro (art. 1635 c. c. = *1481 ll. cc.*); imperocchè queste spese non furono prevedute e non potettero naturalmente essere prevedute dal venditore al tempo della ven-

dita, almeno generalmente. Ma se il venditore fosse in fatto in mala fede, dovrebbe rimborsare al compratore queste medesime spese, perchè sebbene non furono prevedute al tempo del contratto, sono nondimeno una diretta conseguenza del contratto: esse ebbero luogo sol perchè vi fu vendita; furon fatte *propter rem non habitam*. A tal riguardo il venditore non è obbligato per un consenso presunto; lo è per ragione del suo dolo: *sive velit., sive nolit*, come diceva Molineo.

473. Così ancora, chi vendè una cosa avente vizii redibitorii da lui ignorati è tenuto verso il compratore alla restituzione del prezzo da lui ricevuto, ed al rimborso delle spese cagionate dalla vendita, ma non gli deve altre indennità. Mentrechè se avesse conosciuto i vizii, sarebbe verso di lui tenuto de'danni ed interessi pel pregiudizio che questi vizii gli avessero potuto cagionare, purchè tale pregiudizio fosse una conseguenza immediata e diretta della inesecuzione dell'obbligazione del venditore, la quale consisteva in agire di buona fede; art. 1645, 1646, 1647, 1150 e 1151 c. c.=*1491, 1492, 1493, 1104 e 1105 ll. cc.* esaminati e combinati, e l. 13, *princip.* ff. *de act. empt. et vend.*

Per esempio, e ce lo somministra Pothier, se si fosse venduto un cavallo moccioso, ed il venditore avesse conosciuto il vizio, ed il compratore, il quale l'ignorava, avesse posto tal cavallo nella scuderia ove tiene gli altri suoi cavalli i quali sieno morti per effetto di siffatto vizio contagioso, il venditore

sarebbe tenuto non solo della perdita del cavallo venduto, ma ancora della perdita degli altri cavalli del compratore; imperocchè tale perdita sarebbe avvenuta per effetto del suo dolo: essa sarebbe una conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento della sua obbligazione, che era di agire in buona fede. E qui importerebbe poco che la perdita de' cavalli del compratore si fosse potuto o pur no prevedere dal venditore al tempo della vendita; che questi avesse saputo o pur no che il compratore aveva altri cavalli, e che andava oppur no a porre quello che comprava nella medesima scuderia cogli altri suoi cavalli: il venditore che agisce con dolo, ripetiamolo pure, non è obbligato per effetto di un tacito consenso, ma lo è mediante il suo dolo, purchè il danno sofferto sia una conseguenza diretta ed immediata dell' inadempimento delle sue obbligazioni. Or tanto ha luogo nella specie, poichè la compra di tal cavallo moccioso è appunto la causa della perdita de' cavalli del compratore, la quale perdita non si potè da costui evitare, perchè ignorava il vizio di cui era infetto questo cavallo, ed è uso di porre i cavalli insieme. È questo il caso di applicare l' art. 1645 c. c. = *1491 ll. cc.* il quale dice che « se il venditore conosceva i vizii della cosa ven- « duta, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo « ricevuto, a tutti i danni ed interessi verso il com- « pratore; » lo che non può intendersi soltanto delle spese cagionate dalla vendita, poichè giusta l'art. 1646 c. c. = *1492 ll. cc.*, il venditore anche in buo-

na fede deve restituirle; ma devesi intendere puranche delle perdite che i vizii della cosa potettero cagionare al compratore negli altri suoi beni, quando queste perdite, come nella specie, sieno una conseguenza diretta ed immediata del contratto, o per meglio dire, del dolo del venditore. Tal'è puranche la espressa risoluzione di Ulpiano nella legge 13, *princip.* ff. *de act. empt. et vend.* innanzi citata.

La distinzione altronde è ben evidente negli art. 1150 e 1151 c. c. = *1104 e 1105 ll. cc.* Il primo di tali testi non rende, è vero, il debitore risponsabile se non de' danni ed interessi soltanto che furono preveduti o che potettero prevedersi al tempo del contratto; ma è *quando l'inadempimento della obbligazione non derivi da suo dolo*, o nol fu come doveva esserlo. Mentrechè il secondo, il quale parla del caso in cui il debitore sia in mala fede, non restringe i danni ed interessi a quelli soltanto che furono preveduti o che potettero prevedersi al tempo del contratto, poichè altrimenti il debitore non sarebbe trattato più rigorosamente nel caso in cui sia in mala fede, che nel caso contrario, lo che sarebbe assurdo; questo articolo ha soltanto per oggetto di por limiti alla condanna ai danni ed interessi, nella ipotesi in cui il debitore sia in mala fede, poichè si sarebbe potuto credere ch'ei dovesse riparare tutto il pregiudizio sofferto dal creditore anche indirettamente, in un modo lontano, e per la successiva concatenazione di diverse circostanze le

quali gli furono più o meno funeste; ed appunto ciò non volle il legislatore, e con ragione.

474. Per esempio, continua Pothier, se dopo aver perduto i miei cavalli per effetto del contagio apportato da quello vendutomi, e non avendo il mezzo di comprarne altri, io trascurai di lavorare i miei territorii, di seminarli, e quindi per tal mancanza di coltivazione mi fu impossibile di adempiere alle mie obbligazioni; se io abbia sofferto spese, sequestri, ec. ec., non potrei domandare dal venditore di esser fatto indenne per tutte queste perdite, giacchè non son desse una conseguenza diretta ed immediata dell' inadempimento delle sue obbligazioni: esse ebbero luogo per effetto della penuria in cui mi trovai, e che m' impedì di comprare altri cavalli, o forse anche della mia negligenza, cose interamente estranee al contratto.

475. Se credendomi proprietario di una casa, ve ne abbia fatto l' affitto, per formarvi uno stabilimento pubblico, che richiede spese di mobiglia, ed altre, o per esercitarvi la vostra professione, che mi è nota, e voi siate espulso dal vero proprietario il quale mi ha evinto, io vi debbo far indenne, dice Pothier, non solo di una parte dell' estaglio, se siete stato costretto a pagarne uno più caro proporzionatamente, ma ancora delle spese del vostro anticipato sloggiamento (calcolando tuttavolta queste indennità in convenevoli proporzioni), e delle spese che voi siete stato obbligato di fare per esercitare la vostra professione, e le quali sarebbero perdute per

voi; salvo il prendere in considerazione l'utilità che già avete ritratta da tali spese durante il tempo che avete goduto della mia casa.

Pothier opina puranche che la perdita degli avventori dell'inquilino debba aversi in considerazione, attesochè, egli dice, è un danno che potette prevedersi al tempo del contratto. A creder nostro, i giudici dovrebbero essere ben circospetti nel determinare i danni ed interessi per tale oggetto, perchè il concorso di avventori ad uno stabilimento pubblico dipende da tante circostanze, la maggior parte estranee al contratto formato tra un locatore ed un inquilino, che nella maggior parte de' casi la concorrenza di avventori o la loro mancanza non potettero essere preveduti, al tempo del contratto, ed altronde la perdita degli avventori può benissimo risultare da altre cause che da un cangiamento di sede. Ma in questo caso, come in tanti altri, le circostanze determinerebbero i tribunali.

Si supponga del resto che io abbia affittato, sempre in buona fede, la detta casa ad un uomo che non esercitava la professione che posteriormente vi esercitò, ed il quale non mi aveva avvisato che era per farvi uno stabilimento che richiedeva delle spese: se egli abbia fatto tali spese, ed io sia evinto, ed egli espulso, io lo dovrei far indenne per ragione del suo sloggiamento anticipato, nonchè per ragione della differenza che potrebbe esservi proporzionatamente tra l'estaglio che fosse obbligato di pagare per un' altra casa e quello per lo quale io

gli aveva appigionato quella che possedeva, ma non dovrei farlo indenne delle spese di abbellimento e di comodità ch' ei potè fare; giacchè io non le previdi al tempo del contratto.

Ecco pe' casi in cui io era in buona fede, ignorando che un altro fosse proprietario della casa affittata, e che l' inquilino potesse esserne espulso prima di terminare l' affitto.

E la buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede, dee somministrarne la pruova; art. 2268 c. c. = *2174 ll. cc.*

476. Se si supponga al contrario, sempre nella medesima specie, che io fossi in mala fede, non è necessario veramente perchè possiate ottenere i danni ed interessi per ragione della tale o tal altra perdita che aveste provato, che questa perdita sia stata preveduta o che siasi potuto prevedere al tempo del contratto: il confronto degli art. 1150 e 1151 c. c. = *1104 e 1105 ll. cc.* il dimostra chiaramente. Ma siccome bisogna almeno per ciò che la perdita sia una conseguenza diretta ed immediata dell' inadempimento della mia obbligazione, io sarei tenuto de' risarcimenti di cui si è parlato, ma non potrei esser condannato a farvi indenne della perdita delle cose che voi avreste provata nel vostro sloggiamento anticipato; imperocchè questo danno non è una conseguenza diretta ed immediata dell' inadempimento della mia obbligazione. Pothier *delle Obbligazioni*, n.° 161.

Ma nel caso stesso in cui avessi ignorato nel momento dell' affitto che voi prendeste la casa per far-

vi il tale o tal altro stabilimento, non sarei men tenuto di rendervi indenne delle spese che voi aveste fatto per esercitare il vostro mestiere, e di cui non profittereste per effetto della vostra espulsione; abbenchè nella specie non abbia potuto prevedere questa perdita. Molineo, *Tract. de eo quod interest*, n.° 155, e Pothier secondo lui, n.° 166, sostengono che anche in tal caso io sarei tenuto della perdita de' vostri avventori, perchè chi commette un dolo si obbliga *sive velit, sive nolit.*

477. Nondimeno anche assimilando in generale l' imperizia di un individuo nell' esercizio del suo mestiere alla colpa grave, *quia is qui profitetur artem, quoque peritiam profiteri censetur*, questi autori convengono tuttavolta che l' imperizia di un artefice non debba farlo condannare ai danni ed interessi se non per le perdite che dovè ragionevolmente prevedere come potendo risultare dall'inadempimento della sua obbligazione, abbenchè secondo le leggi romane la colpa grave sia generalmente assimilata al dolo (1). Ma ciò perchè l' imperizia di un individuo, anche nell' esercizio del suo mestiere, non è sempre una colpa della natura di quelle che i giureconsulti romani assimilavano alla mala fede: vi sono molte gradazioni nella imperizia. Ed altronde non in tutti i casi, secondo le stesse leggi romane, la colpa da essi chiamata colpa grave, *ma-*

---

(1) *Magna negligentia culpa est; magna culpa, dolus est*; l. 226, ff. *de verb. oblig.*

gna culpa, vien assimilata al dolo, anche nelle cose semplicemente pecuniarie.

Così, dice Pothier, se un legnaiuolo mi vendette cattivi travi per sostenere un edificio che minacciava rovina, e l'edificio sia crollato per effetto della cattiva qualità o della debolezza delle travi, il venditore dev'essere tenuto a riparare il danno da me sofferto, ma soltanto per ciò che riguarda la distruzione dell'edificio che si sarebbe potuto prevenire con migliori travi; senzachè l'indennità debb' estendersi alla perdita de' mobili ed altri oggetti che potettero perire nella rovina, se pure nondimeno il venditore non avesse espressamente assunto sopra di sè tale rischio. È questo puranche il parere di Molineo, *Tract. de eo quod interest*, n.i 63 e 64.

478. Questi autori sostengono tuttavolta che se un intraprenditore col quale io convenni di dovermi costruire una casa, eseguì sì male i lavori, che la casa sia rovinata (1), quest' intraprenditore mi deve anche la riparazione del danno che potei soffrire ne' miei mobili. Adottiamo siffatta opinione, ma non possiamo ugualmente adottare quella da essi sostenuta sul caso seguente.

479. Se un legnaiuolo, essi dicono, mi vendette cattive travi o travi troppo deboli per sostenere un dato edificio a lui designato, che io abbia impiegato

(1) Nel tempo durante il quale l'artifice era risponsabile delle costruzioni giusta le regole sulla locazione di opera, il qual tempo è di dieci anni secondo il Codice; art. 1792 e 2270 c. c. = *1638 e 2176 ll. cc.*

queste travi per sostenere un altro edificio, più considerevole del primo, e tale edificio sia caduto, io veramente non potrei domandare la riparazione del danno da me sofferto per effetto della rovina avvenuta, ma potrei ottenere una indennità per tutto il valore dell' altro edificio: attesochè, dicono questi autori, il legnaiuolo vendendomi le travi per sostenere quest' ultimo edificio, si considera di aver acconsentito a garantirmi dalla rovina di esso, e le travi che mi vendette non erano atte a tal uopo.

Siffatta risoluzione, a creder nostro, non poggia che sopra un' astrazione, poichè non può dirsi che il vizio delle travi mi cagionò effettivamente un danno, non avendole impiegate a sostenere l'edificio cui erano destinate. Avvi luogo soltanto, secondo la nostra opinione, all' azione redibitoria, come lo dice Pothier medesimo pel caso in cui una persona che non si reputa per la sua arte conoscere il vizio della cosa venduta, e che in fatti non l' avesse conosciuto, mi avesse venduto legnami da me adoperati a puntellare un edificio di cui non avessero impedito la rovina, per cagion della loro cattiva qualità, nel qual caso la l. 13, *princip. ff. de act. empt. et vend.* innanzi citata, vuole semplicemente che il venditore, se fosse in buona fede, paghi al compratore a titolo di danni ed interessi una somma uguale a quella che quest' ultimo avrebbe dato di meno nel prezzo de' legnami, se ne avesse conosciuto i vizii.

Ma se chi vendè i legnami per costrüire un edificio conobbe egli stesso i vizii di cui erano essi infetti

nell'interno, e non ne avvertì il compratore, questo medesimo testo dice ch'egli deve una completa indennità pel danno cagionato dalla rovina dell'edificio a cui erano stati destinati; lo che comprenderebbe ancora per conseguenza la perdita de' mobili avvenuta nella rovina. Ciò soffrirebbe men dubbio nel caso in cui i legnami fossero stati scientemente venduti da un negoziante di questa specie di oggetti o da un legnaiuolo, ben conoscendo altronde la loro destinazione.

480. Non avvi materia più astratta che quella riguardante i danni ed interessi; per cui la legge non potè indicare che regole generali, rimettendosi alla saggezza de' tribunali per la loro applicazione, secondo le circostanze ed i fatti della causa.

481. Ed abbenchè stabilisca che i danni ed interessi son dovuti generalmente per la perdita che il creditore ha sofferto e pel guadagno di cui fu privato, nondimeno il giudice dev'essere vie più riservato ad accordarne considerevoli pel guadagno mancato che per la perdita realmente sofferta: il *lucrum cessans* è generalmente men capace di eccitare le sue premure, che il *damnum immergens*, ed appunto in tal materia il troppo rigore degenererebbe sovente in ingiustizia: *summum jus, summa injuria.* Tal'è il comun parere degli autori.

Nel dubbio si riducono ancora i danni ed interessi ad una lieve somma: *et ad exiquam summam deducitur;* l. 11, ff. *de prætor. stipul.*

482. Conviene del resto osservare che essendo la

quistione di perdita sofferta e di privazione di lucro una quistione di *fatto*, la sentenza o la decisione che la giudica, e che stabilisce per conseguenza i danni ed interessi, è sotto tal rapporto fuori della giurisdizione della Corte di cassazione. Ciocchè il magistrato giudica a tal riguardo può ben contenere un *mal giudicato*, ma soltanto in appello può riformarsi questo mal giudicato, ed anche se la sentenza sia appellabile. Non vi sarebbe eccezione a questa regola se non nel caso in cui avendo la legge medesima stabilito i danni ed interessi, come lo ha fatto riguardo alle obbligazioni che si limitano al pagamento di una data somma, i tribunali si allontanassero dal suo prescritto; giacchè allora sarebbe una violazione della legge. Sarebbe eziandio una violazione della legge se avendo le parti stesse stabilito le quantità de' danni ed interessi, il giudice ne accordasse una maggiore o minore; imperocchè contravverrebbe al prescritto dell' art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, così conceputo: « Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di « eseguirla, debba pagare una determinata somma « a titolo di danni ed interessi, non può concedersi « all' altra parte una somma maggiore o minore. »

483. Siccome il creditore per ottenere i suoi danni ed interessi, è obbligato di giustificare la perdita da lui sofferta ed il guadagno di cui fu privato per effetto della inesecuzione dell' obbligazione, lo che sovente è difficilissimo(1), e siccome nelle obbligazioni

(1) *Plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque interest;* l. 11, ff. *de prætoriis. stipul.*

di fare non può costringere precisamente il debitore a fare la cosa promessa, nè in molti casi impedirgli di fare ciocchè gli è vietato, avvien frequentemente, per prevenire simili inconvenienti, che le parti convengono una determinata somma per far le veci di danni ed interessi, contrattando a tal riguardo come a sacco d' ossa rotte (1). È una legge che esse si stabiliscono, che debbono in conseguenza osservare (art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*), ed alla quale il magistrato per la medesima ragione nulla può cangiare, quando anche il creditore provasse chiaramente che ha sofferto una perdita più considerevole della somma convenuta, o che il debitore offrisse di provare che il danno è molto da meno (2); salvo ciò che si dirà pel caso in cui tale convenzione intervenisse in una obbligazione di somma o di cose che si consumano coll'uso, ed essa stabilisse per danni ed interessi, in caso d'inesecuzione, una somma che eccedesse sensibilmente la quantità degl' interessi che è permesso di stipulare.

484. La convenzione di cui si tratta non è altro in generale che una clausola penale; giacchè al pari

(1) *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habeat, commodius est certam summam comprehendere; dict. leg.* 11, e § 7, Instit. *de verb. oblig.*

(2) Anticamente il creditore non poteva, è vero, dimandare una somma maggiore di quella che aveva convenuto, abbenchè offrisse di provare che il danno da lui sofferto era molto più considerevole; ma il debitore poteva far ridurre la somma stipulata, se provava che il danno fosse minore. Il Codice si attenne alla legge che le parti si abbiano esse medesime fatto. *V.* Pothier, *delle Obbligazioni*, n.° 345 e seguenti.

di questa (art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*), essa è la compensazione de' danni ed interessi che il venditore soffre per lo inadempimento dell'obbligazione (art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*): donde segue, 1.° che se l'obbligazione fosse stata in parte eseguita, il giudice potrebbe ridurre la somma convenuta (art. 1231 c. c. = *1184 ll. cc.*); 2.° che se l'obbligazione principale fosse nulla, la clausola relativa alla somma sarebbe similmente nulla (art. 1227 c. c. = *1180 ll. cc.*), poichè non possono altronde esser dovuti danni ed interessi per aver mancato di eseguire un' obbligazione nulla, quando il debitore non ha commesso alcuna frode; 3.° che il creditore, in vece di dimandare la somma stipulata contra il debitore in mora, può procedere per l'esecuzione dell' obbligazione principale (art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*); ma 4.° che non può dimandare nel tempo medesimo la cosa principale e la penale, ammenochè questa non sia stata stipulata per la semplice mora; *ibid.*

485. Tuttavolta ciò che diciamo, che il creditore può dimandar l'esecuzione dell'obbligazione principale, in vece della penale, non è vero se non quando le parti, convenendo su tale penale a titolo di danni ed interessi, ebbero soltanto in mira di stabilire con ciò la quantità de' danni ed interessi in caso d'inadempimento dell' obbligazione principale, ma senza voler ledere altronde i diritti che risultavano, pel creditore, da questa medesima obbligazione; in somma, se non quante volte esse stipularono la somma nello spirito di una vera clausola penale, che di sua

natura lungi di ledere l'obbligazione principale, lungi di farne novazione, non è al contrario aggiunta che per assicurarne più completamente l'esecuzione, pel timore che ispira al debitore di subire la penale convenuta (1).

Ma se all' opposto le parti mediante la clausola intesero non solo contrattare come a sacco d' ossa rotte pel valore de' danni ed interessi, ma ancora convertire l'obbligazione medesima in questa somma, nel caso in cui il debitore non l' eseguisse, lasciando tale esecuzione alla sua libera volontà, mediante la somma promessa, allora la convenzione riguardante la somma non è più, propriamente parlando, una clausola penale, ed il creditore non può, non curando di domandare tale somma, chiedere l' esecuzione dell'obbligazione principale, quando anche fosse di natura tale da essere eseguita da un altro che dal debitore, il quale si ricusasse di adempierla, o si trattasse di dare una cosa che il creditore potrebbe facilmente farsi consegnare per via di sequestro o altrimenti. La clausola allora produce eventualmente novazione, cioè nel caso in cui il debitore non facesse la cosa promessa.

Il giureconsulto Paolo, nella l. 44, § 6, ff. *de verb. oblig.*, stabilisce questa regola in chiarissimo modo: egli suppone che io abbia stipulato con voi che mi costruirete una nave, e che nel caso in cui

(1) L. 10, § 1 ff. *de pactis*; l. 115, *princip. in fine*, ff. *de verb. oblig.*; l. 122, § 2, *eod. tit.*; ll. 41, 42 e 71 ff. *pro socio*; l. 28, ff. *de act. empti et venditi.*; ed infine art. 1228 c. c. = *1181 ll. cc.*

non la costruiste, mi pagherete cento: *sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum.* Egli interroga sè stesso se mai vi sieno in ciò due stipulazioni: una pura e semplice, l'altra condizionale (l'ultima pel caso in cui la prima non ricevesse la sua esecuzione); o piuttosto se la prima siesi confusa nella seconda, con una specie di novazione, in modo che il creditore non potrebbe chiedere se non l'esecuzione di questa, cioè i cento: *videndum utrum duæ stipulationes sint, pura et condictionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat?* Ed egli risolve in quest' ultimo senso: *quod magis verum est.*

Donello sulla legge *ita stipulatus*, 115 ff. *de verb. oblig.*, n.° 31, dice esaminando il § 7 delle Instituta *de verb. oblig.*, che quando ad una stipulazione di fare siasi aggiunto una penale pel caso in cui il debitore non facesse la cosa, devesi facilmente presumere che le parti intesero fare una novazione condizionale dell'obbligazione principale, pel caso in cui il debitore non l'eseguisse, ed in conseguenza che il creditore debbasi contentare della penale. L'opinione di questo autore è indubitatamente troppo generale; ed egli si lasciò dominare su tal punto, come l'osserva Vinnio (1), da alcuni testi del dritto anteriore a Giustiniano, il quale colla legge ultima del Codice, *de novatio-*

(1) Sul § 7, Instit. *de verb. oblig.*

nibus, stabilì al contrario che la novazione non si presumerebbe, ma risulterebbe da una dichiarazione delle parti (1). Altronde è più vero il dire che, anche nel dritto anteriore a Giustiniano, le clausole penali in generale non inducevano novazione dell'obbligazione principale.

Ma nella specie della legge 44 sopra citata, ci sembra che la opinione di Donello sia perfettamente uniforme a quella del giureconsulto romano, e che dovrebbe seguirsi nel nostro dritto, ogniqualvolta almeno non risultasse dai termini dell'atto e dalle particolari circostanze della causa, che le parti colla convenzione di una somma a titolo di danni ed interessi in caso d'inesecuzione intesero semplicemente aggiungere una clausola penale ad un'obbligazione principale per assicurarne più intero l'adempimento. E nelle obbligazioni di fare o di non fare, s'inclinerebbe piuttosto, nel dubbio, per la conversione della obbligazione principale nella somma, nel caso in cui il debitore non eseguisse, perchè si potrebbe facilmente credere che, sapendo ch'egli non poteva esser precisamente costretto a fare, volle con ciò stabilire quel che sarebbe tenuto a dare per indennità, nel caso in cui non gli convenisse di eseguire l'obbligazione *in specie*. E nelle obbliga-

---

(1) Secondo il Codice civile, non è di rigore che le parti dichiarino espressamente di voler fare novazione, ma è d'uopo almeno che la loro intenzione di effettuarla risulti chiaramente dall'atto (art. 1273 c. c. = *1227 ll. cc.*); e generalmente così ancora si applicava la risoluzione di Giustiniano nella nostra antica giurisprudenza.

zioni di dare avverrebbe al contrario: si sarebbe a preferenza più propenso a scorgere nella convenzione della somma una semplice clausola penale, la quale non impedirebbe al creditore di dimandare l'esecuzione dell'obbligazione principale in vece della somma convenuta; imperocchè in tali obbligazioni l'esecuzione *in specie* può generalmente essere ottenuta senza togliere al debitore la sua libertà. Del resto dovrebbero i giudici ponderare tal punto, e determinarsi secondo i termini dell'atto, ed anche secondo le circostanze della causa.

486. Del rimanente siffatta convenzione non rende per sè stessa alternativa l'obbligazione, come il sarebbe se fosse detto: *Promettete voi di darmi il tale cavallo, o la tale somma?* Donde segue che se nel caso di cui abbiamo parlato la cosa promessa perisse per un avvenimento di forza irresistibile, prima che il debitore fosse in mora, questi non dovrebbe la somma convenuta a titolo di danni ed interessi; imperocchè non fu puramente e semplicemente compresa nell'obbligazione, ma lo fu eventualmente e sol per far le veci di danni ed interessi in caso d'inesecuzione; or i danni ed interessi non son dovuti che dal debitore il quale non adempì per propria colpa la sua obbligazione (art. 1148 c. c. = *1102 ll. cc.*), ciocchè non ha luogo nella nostra specie. Mentrechè se l'obbligazione fosse alternativa, siccome comprenderebbe le due cose, la perdita di una di esse, anche per caso fortuito, non dispenserebbe il debitore dal consegnare l'altra; art. 1193 c. c. = *1146 ll. cc.*

487. Dicemmo che, secondo l'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni ed interessi, non può concedersi all'altra parte una somma maggiore o minore; ma soggiungemmo che la regola riceve qualche restrizione nei casi di obbligazioni di somma o di cose che si consumano coll'uso.

In verità pei contratti formati prima della legge del 3 settembre 1807, e vigente la disposizione del Codice la quale dichiarava che « l'interesse conven-« zionale può eccedere quello fissato dalla legge, « se la legge non lo proibisce (art. 1907 c. c. = « *1779 ll. cc.*), » questo art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.* dovè applicarsi in tutto il suo tenore, anche ai casi di obbligazioni di somma e nei mutui di qualunque natura; giacchè allora la legge permettendo alle parti di convenire un interesse maggiore dell'interesse legale, senza neanche stabilire alcun limite alla loro convenzione su tale oggetto, esse per la medesima ragione potettero convenire, sotto nome di danni ed interessi, una somma che eccedeva la quantità di questo interesse. Dicendo la disposizione dell'art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.* che « nelle ob-« bligazioni che sono ristrette al pagamento di una « somma determinata, i danni e gl'interessi risul-« tanti dal ritardo di eseguirle non consistono giam-« mai se non nella condanna a pagare gl'interessi « stabiliti dalla legge, eccettuate le regole partico-« lari al commercio ed alla malleveria », non era

un ostacolo alla validità della convenzione, qualunque fosse stata la somma stipulata a titolo di danni ed interessi; imperocchè quest'articolo evidentemente disponeva nella supposizione che non eravi stata convenzione alcuna tra le parti per determinare la quantità; altrimenti avrebbe presentato una notabile contraddizione di regole coll' art. 1907 c. c. = *1779 ll. cc.*, lo che non può supporsi. D' altra parte questo art. 1133 dichiara nella sua ultima disposizione, che i danni ed interessi di cui parla, cioè gl' interessi, non son dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi ne' quali la legge li fa decorrere *ipso jure*. Or ciò non puossi intendere dei danni ed interessi stabiliti tra le parti con una convenzione, poichè questa clausola, giusta l' art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*, doveva eseguirsi secondo il suo tenore.

488. Ma dopo la legge del 3 settembre 1807, che stabilì gl' interessi convenzionali al cinque per cento senza ritenuta, in materia civile, ed al sei in materia di commercio, non fu più permesso, almeno generalmente, nelle obbligazioni di somma o di cose che si consumano coll' uso, contratte per mutuo o altra causa, di convenire a titolo di danni ed interessi o a titolo di penale, poco importa, una somma che eccedesse patentemente gl' interessi convenzionali come sono stabiliti dalla legge: simili convenzioni non servirebbero che a celare un'usura proibita. Soltanto in taluni casi, ed a ragione di particolari circostanze della convenzione, le parti

possono lecitamente pattuire una penale stabilita per una data somma, pel caso in cui il debitore non adempisse alla sua obbligazione nel giorno indicato dalla convenzione, abbenchè questa somma eccedesse la quantità dell' interesse ordinario. Per esempio, se stipulassi con voi una somma pagabile alla tale epoca per potere sperimentare un dritto di ricompra, o prevenire un arresto personale, o per impedire che si verifichi contro di me una clausola penale, ec. ec., e dandovi conoscenza di tali circostanze, io stipulassi nel medesimo tempo una penale pel caso in cui non adempiste alla vostra obbligazione, questa penale abbenchè eccedesse la somma ordinaria degl' interessi, sarebbe validamente convenuta, perchè non sarebbe un' usura celata, ma soltanto la garantia di un pericolo che io volli prevenire, e di cui acconsentiste di assumere a vostro carico il rischio. Ciò per altro sarà da noi più circostanziatamente spiegato trattando delle clausole penali propriamente dette.

Ma per massima generale le convenzioni di cui ora si tratta, inserite in obbligazioni che hanno per oggetto il pagamento di una determinata somma, o una determinata quantità di cose che si consumano coll' uso, potrebbero facilmente essere usurarie; e se lo fossero in fatti, sarebbero riducibili alla quantità dell' interesse permesso.

« Rimane ad osservare, dice Pothier nel suo trat-« tato *delle Obbligazioni*, n.º 346, che se la penale « che sta in vece di danni ed interessi ordinarii,

« sia riducibile (1) allorchè è eccessiva, viemag-
« giormente le penali stipulate in caso di mancanza
« di pagamento di una somma di danaro o altra
« cosa che si consuma coll' uso debbono essere ri-
« dotte alla quantità legittima degl' interessi di cui
« fanno le veci, o anche interamente rigettate, nei
« casi in cui non sia permesso di stipularne (2). »

Vinnio sul § 7 *Instit. de verb. oblig.* si esprime così su tal punto: *Monendi sumus, stipulationem pœnalem,, adjectam obligationi quantitatis, præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit;* ed all' oggetto cita le leggi 9 e 44, *princip.* ff. *de usuris* (3); l. 15, Cod. *eod. tit.* (4), e 13, § 26, ff. *de act. empt. et vend.* (5); Pa-

---

(1) Ciocchè fu rigettato per massima dall'art. 1152 c. c. = *1106 ll. cc.*

(2) Questi casi erano quelli di mutuo. Ma presentemente possonsi stipulare interessi nel contratto di mutuo del pari che negli altri; soltanto l' interesse non deve eccedere il cinque per cento in materia civile, ed il sei in materia di commercio.

(3) Così concepute: *Pecuniæ fœneris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum, in altero tanto supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere: quare pro modo cujuscumque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires habebit.*

Pœnam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

(4) *Cum allegas uxorem tuam ea conditione mille aureorum quantitatem sumpsisse; UT SI INTRA DIEM CERTUM DEBITO SATIS NON FECISSET CUM PŒNA QUADRUPLI REDDERET, QUOD ACCEPIT; juris forma non patitur, lege contractus istius ultra pœnam legitimarum usurarum posse procedere.*

(5) *Ibidem Papinianus respondisse se refert: si convenerit, UT AD DIEM PRETIO NON SOLUTO, VENDITORI DUPLUM PRÆSTARETUR,*

pone, lib. 12, tit. 9; Caronda, lib. 6, Respon. 69, e Imbert, *Enchirid*, v. *pœna conventionalis*.

Quanto in fatti non sarebbe facile l'eludere la legge che proibisce gl'interessi usurarii! Si mutuerebbe ad un termine brevissimo, e si stipulerebbe che in mancanza di pagamento nel giorno e nel luogo stabilito, e colla sola scadenza del termine (ciocchè costituirebbe il debitore in mora, art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*), il mutuatario pagherebbe, a titolo di penale o a titolo di danni e interessi, poco importa, una somma di due o tre per cento per ciascun mese di ritardo. Astretto dal bisogno, e colla speranza forse di soddisfare nel giorno stabilito, il mutuatario sottoscriverebbe tutto; ma non potendo di poi liberarsi prontamente, sarebbe oppresso dall'effetto di una simile clausola. In vano si direbbe che questo caso differisce dall' usura propriamente detta, perciocchè il debitore può liberarsi dall' effetto della clausola pagando nel giorno stabilito; giacchè chi non sa quanto coloro che son ridotti a prendere a mutuo siano sovente inabili a pagare nel tempo convenuto? La clausola potrebbe ancora essere più facilmente usuraria, se come nei casi risoluti dalle leggi romane di sopra citate, la somma convenuta a titolo di penale o di danni ed interessi fosse stipulata per la sola mancanza di paga-

---

in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit, diversamque causam commissoriœ esse ait, cum ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improba dicatur.

mento nel giorno stabilito, e non come dovendosi soltanto accrescere in ragione del maggiore o minore ritardo apportato all' esecuzione dell' obbligazione principale. Ma in tutti i casi in cui avvi usura, celata o manifesta, essa deve reprimersi.

489. « Nelle obbligazioni che sono ristrette al « pagamento di una somma determinata, dice l'art. « 1153 c. c. = *1107 ll. cc.*, i danni e gl' interessi « risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono « giammai se non nella condanna a pagare gl'inte- « ressi stabiliti dalla legge, eccettuate le regole par- « ticolari al commercio ed alla malleveria.

« Questi danni ed interessi sono dovuti senza che « il creditore debba giustificare alcuna perdita.

« Non sono dovuti se non dal giorno della do- « manda; eccettuati i casi nei quali la legge di- « chiara che debbono *ipso jure* decorrere. »

Dimostrammo più innanzi che fino a quando fu in vigore l'art. 1907 c. c. = *1779 ll. cc.*, la disposizione principale dell'art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.* non era applicabile ai casi in cui le parti avessero esse medesime stabilito gl' interessi colla convenzione; ma che dopo la legge del 3 settembre 1807, questa disposizione dovè seguirsi, salvo i casi particolari nei quali la clausola non fosse una usura celata, e di cui adducemmo taluni esempii.

490. La difficoltà di poter stabilire i danni e gl' interessi risultanti dal ritardo nell' esecuzione di una obbligazione che ha per oggetto una somma, la loro immensità puranche, quando tale ritardo cagionò la

vendita de' beni del creditore, la perdita del suo credito, il suo stesso fallimento, servirono di motivo alla disposizione che gli stabilisce alla quantità dell' interesse legale, cioè al cinque per cento in materia civile, ed al sei in materia di commercio. Legge del 3 settembre 1807, innanzi citata.

Ma se il creditore non vien fatto bastantemente indenne col pagamento dell' interesse legale, almeno ha un vantaggio, cioè di non esser tenuto, come nei casi ordinarii, a giustificare la perdita da lui sofferta o il guadagno di cui fu privato per effetto del ritardo nella esecuzione dell' obbligazione; imperocchè questa giustificazione non sarebbe stata senza difficoltà in parecchi casi. La legge stabilì a tal riguardo una presunzione, la quale altronde non ha cosa alcuna di funesto pel debitore, poichè per massima gl' interessi non decorrono contro di lui se non dal giorno della dimanda, e che egli può in tal modo evitare pagando il suo debito.

491. La prima disposizione dell' art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.* fa due eccezioni alla regola da essa sancita, cioè: nelle materie di commercio e nel caso di malleveria; ma devesi aggiungere quello di società, anche non commerciale; giacchè, secondo l'art. 1846 c. c. = *1718 ll. cc.*, se il socio che doveva conferire alla società una somma, non lo ha fatto, resta *ipso jure*, e senza bisogno d' istanza, debitore degl' interessi di tal somma dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento, *senza pregiudizio dei maggiori danni ed interessi, se vi sia luogo.*

Il debitore di una lettera di cambio o di un biglietto ad ordine il quale non paga alla scadenza, deve, oltre degl' interessi, il ricambio, le spese di protesto, di senseria, di bollo e quelle di posta; art. 178, 181 e 187 c. com. = *177, 180 e 187 ll. ecc. com.*

Ed indipendentemente ancora dagl' interessi delle somme pagate dal fideiussore pel debitore principale, esso può ottenere i danni ed interessi, se avvi luogo (art. 2028 c. c. = *1900 ll. cc.*); per esempio, se ha sofferto un' espropriazione forzosa, un pegnoramento, o se, potendo essere arrestato, l' arresto personale sia stato eseguito contro di lui, ec.

492. L' ultima disposizione del nostro art. 1153 dice « che non son dovuti (i danni ed interessi, « cioè gl' interessi) se non dal giorno della diman- « da, eccettuati i casi nei quali la legge dichiara « che debbono *ipso jure* decorrere. »

Qui si suppone che gl' interessi non furono stipulati, giacchè se lo fossero stati non vi sarebbe bisogno di una dimanda per farli decorrere; la convenzione opererebbe quest' effetto; art. 1905 e 1154 c. c. = *1777 ll. cc.* Or essi potettero stipularsi per decorrere, o dal dì della convenzione o da un' epoca determinata, o se si verifichi il tale avvenimento, o in fine alla scadenza del termine preso pel pagamento, nel caso in cui non fosse fatto nel giorno determinato: in tutti i casi la convenzione dovrà osservarsi, sotto le restrizioni stabilite dalle leggi proibitive dell' usura. Ed a tal riguardo si segue la legge

in vigore nel giorno del contratto, perchè quella che avesse apportato o che apportasse cangiamenti per ciò che concerne gl' interessi non ha avuto o non avrebbe effetto retroattivo; art. 2 c. c. = 2 *ll. cc.*

Gl' interessi decorrono puranche dal giorno della citazione per isperimento di conciliazione, purchè la dimanda sia fatta entro il mese, dal giorno della non comparsa o della non seguita conciliazione; art. 57 c. pr.

493. Vi sono molti casi in cui gl' interessi decorrono di pieno dritto; per effetto della sola disposizione della legge, a contare dalle epoche da essa determinate: pone per così dire essa medesima il debitore in mora, trattandolo a tal riguardo come se effettivamente fosse costituito in mora con una dimanda.

Essi decorrono *ipso jure* nei casi seguenti:

Il residuo del conto di tutela produce interesse dal giorno della ultimazione del conto; art. 474 c. c. = *397 ll. cc.*

La costituzione di dote (1) produce interesse dal dì del matrimonio contra coloro che l' han promessa, quando anche siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi sia stipulazione in contrario (art. 1440 e 1548 c. c. = *1361 ll. cc.*); e la dote da restituirsi produce interesse a vantaggio della moglie o de' suoi eredi dal dì dello scioglimento del matrimonio; art. 1570 c. c. = *1383 ll. cc.*

(1) Ciocchè devesi generalmente intendere della dote costituita in danaro contante.

I rinvestimenti e le compensazioni a cui è tenuta la comunione verso gli sposi, e le compensazioni ed indennità che questi devono alla comunione, producono interessi dal giorno dello scioglimento della stessa; art. 1473 c. c.

Le somme che un socio ha promesso di conferire nella società, o quelle ch' egli ha preso dalla cassa sociale per suo particolare vantaggio, producono interesse dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento o dal giorno in cui le ha ritirate per proprio conto; senza pregiudizio, come già il dicemmo, di maggiori danni ed interessi, se vi è luogo; art. 1846 c. c. = *1718 ll. cc.*

Il fideiussore ha dritto agl' interessi delle somme da esso pagate pel debitore, dal giorno che furon pagate; art. 2028 c. c. = *1900 ll. cc.*

E l' interesse delle anticipazioni fatte dal mandatario gli è dovuto dal giorno in cui si verifica d'essersi fatto il pagamento; art. 2001 c. c. = *1873 ll. cc.*

Debb' essere lo stesso per le somme anticipate dal gestore di negozii la cui amministrazione fu utile; art. 1372 e 1375 c. c. = *1326 e 1329 ll. cc.* esaminati e confrontati coll' art. 2001 sopra citato.

Finalmente, allorchè la cosa venduta produca frutti o altri proventi, gl' interessi decorrono di pieno dritto dal giorno in cui il compratore gode della cosa; art. 1652 c. c. = *1498 ll. cc.*

Vi sono ancora taluni altri casi in cui gl' interessi decorrono, *ipso jure*, senzachè vi sia bisogno di una

dimanda giudiziaria, oppure di una semplice intimazione.

494. L'art. 1154 c. c. è così conceputo: « Gl'in-
« teressi scaduti de' capitali possono produrre inte-
« ressi o in forza di una dimanda fatta giudizial-
« mente, o in vigore di una convenzione speciale,
« purchè tanto nella dimanda, quanto nella con-
« venzione si tratti d'interessi dovuti almeno per un
« anno intero. »

E l'articolo seguente modifica l'ultima parte di questa disposizione, dicendo: « Ciò nondimeno le
« rendite scadute, come i fitti, le pigioni, ed i pro-
« venti arretrati delle rendite perpetue, o vitalizie,
« producono interessi dal giorno della dimanda o
« della convenzione; » ciocchè devesi necessariamente intendere anche del caso in cui questi oggetti non fossero dovuti per un anno intero, poichè altrimenti l'articolo sarebbe inutile e l'avverbio *nondimeno* non esprimerebbe assolutamente nulla.

« La stessa regola si osserva per le restituzioni
« de' frutti ed interessi pagati da un terzo al cre-
« ditore a discarico del debitore; *ibid.* » Gl'interessi pagati per un anno intero son puranche un capitale pagato per lui; e nel caso di mandato e di fideiussione possonsi applicare gli art. 2001 e 2012 c. c. = *1873 e 1884 ll. cc.*

Ma convien osservare che quando un terzo paga senza mandato o senza essere fideiussore, ma soltanto con surrogazione convenzionale (art. 1250 c. c. = *1203 ll. cc.*), egli non può dimandare gl'in-

teressi degl' interessi che ha pagato, se non quando il creditore surrogante avesse potuto domandarli egli stesso.

495. La convenzione colla quale si fan produrre interessi agl' interessi si chiama *anatocismo*. Anticamente essa era severamente vietata, anche in materia di commercio. L'ordinanza del 1673, titolo 6, art. 2, prescriveva: « I negozianti, i mercanti « e chiunque altro, non potranno esigere l' interesse « dell' interesse, sotto qualsivoglia pretesto. »

E per meglio assicurare l' effetto di tal divieto, il primo articolo del medesimo titolo proibiva ai negozianti, mercanti ed altri di comprendere l' interesse colla sorte principale nella lettera o biglietto di cambio, o altro atto.

Nondimeno nei conti di tutela il computo degl' interessi dovuti al minore si faceva *a scalare*, come si fa presentemente (1). Ma era questo un privilegio a pro de' minori.

Potevansi puranche dimandare gl' interessi nelle restituzioni di frutti, ma non gl' interessi degl' interessi arretrati di rendite in danaro contante. Siffatta differenza dipendeva dacchè, si diceva, i frutti si riproducono e possono dar altri frutti, mentrechè il danaro non produce frutti; soltanto l' impiego che se ne fa può produrre qualche beneficio. Tuttociò era assai sottile.

496. Oggidì l' anatocismo è permesso: esso è al-

---

(1) *V.* quanto fu detto a tal riguardo nel tomo III, n.° 564.

altronde la conseguenza ben naturale della facoltà accordata dalla legge civile di stipulare interessi in qualunque obbligazione, anche per semplice prestito, sia in danaro, sia in derrate, sia in altre cose mobili; art. 1905 c. c. = *1777 ll. cc.* Mentrechè anticamente il mutuo ad interesse era riputato usura, tanto per dritto civile che per le leggi ecclesiastiche, ciocchè aveva introdotto le costituzioni di rendita in perpetuo, nelle quali si fingeva che chi si obbligava a pagare la rendita vendesse questa rendita all'altra parte mediante una somma, che era il prezzo della costituzione. E siccome eravi alienazione in perpetuo del capitale pagato, erasi creduto che questo contratto differisse dal contratto di mutuo ad interesse, nel quale il creditore ha il dritto di chiedere la restituzione del capitale mutuato al termine espressamente o tacitamente convenuto.

497. Ma il Codice sebbene avesse autorizzato l'anatocismo, non volle tuttavolta che divenisse una sorgente di moltiplici abusi e di usura atti a rendere immorali gli uomini avidi, ed a cagionar prontamente la rovina de' cittadini inceppati nei loro affari. Quindi, salvo gli oggetti pe' quali vien fatta eccezione nell'art. 1155 c. c. = *1108 ll. cc.* (a), e salvo puranche ciocchè diremo fra poco, fa d'uopo,

(a) Presso noi per non essersi nel progetto ammesso l'anatocismo, non fu ritenuto l'articolo 1154 dell'abolito codice civile francese, e quindi nell'art. 1147 del progetto, corrispondente all'art. 1155 del detto codice civile, e corrispondente ancora al suddetto art. 1108 delle leggi civili si cancellò la particella *nondimeno*. Trad.

affinchè gl' interessi ne possano produrre a lor volta, che si tratti d' interessi dovuti almeno per un anno intero, e che vi sia convenzione speciale a tal riguardo, o una dimanda giudiziale; in guisa che una intimazione o qualunque altro atto che non fosse una convenzione o una dimanda giudiziale, non sarebbe sufficiente abbenchè si trattasse d'interessi dovuti per un anno intero. La legge del resto non richiede che gl' interessi i quali si acquistano giorno per giorno (art. 584 e 586 c. c. = *509 e 511 ll. cc.*), sien dovuti da più di un anno per poterne produrre; ma richiede soltanto che sien dovuti per un anno intero, cioè per un godimento del capitale durante almeno un' annata, lo che è ben differente.

498. Ma puossi dimandare da taluno se la convenzione sia valida sol quando intervenga all'epoca in cui gl' interessi son già scaduti; ovvero se mai facendo un mutuo per molti anni, sia lecito convenire che in vece di pagare gl' interessi annualmente, il debitore li terrà presso di se, a condizione che anche essi produrranno interessi, per tutto poi restituirsi all' epoca stabilita per lo pagamento.

Puossi puranche dimandare se interessi maturati ed esigibili, ma dovuti per meno di un anno di godimento del capitale, perchè il mutuo, per esempio, non fosse stato fatto che per sei mesi, possano mai per effetto di una convenzione fatta all' epoca dell' esigenza produrre interessi a lor volta?

499. Puossi stabilire così la specie della prima quistione: Vi mutuo 100,000 franchi per quattro anni,

al cinque per cento d'interesse annuo, e convenghiamo che i 5,000 franchi d'interessi dovuti al termine del primo anno, si convertiranno in un capitale che produrrà esso puranche interesse alla medesima ragione e per ciascun anno; e così in prosieguo sino al pagamento.

La sola ragione di dubitare si desume dacchè l'art. 1154 c. c. (a) dice: « Gl' interessi *scaduti* de' ca-

(a) Il consigliere Pasqualini si espresse nei seguenti termini: *Dopo l'art. 1145 del progetto* (corrispondente all'articolo 1106 delle leggi civili) *bisognerebbe ammettere l'anatocismo a beneficio di alcune persone privilegiate uniformemente al dritto romano, il quale sebbene lo proibisse, pure in alcuni casi lo credeva necessario. Avea luogo:*

1.° *Contro quei tutori che convertivano in proprio uso le usure, che i debitori del pupillo avevano pagato allo stesso tutore.*

2.° *Contra quei tutori, che essendo debitori di usure verso il pupillo, non le pagavano alla loro scadenza.* 3.° *Contro i procuratori, che convertivano in proprio uso le usure a loro pagate dai debitori del loro principale. Inoltre il fideiussore, che pagava le usure del debito pel quale era mallevadore, e colui che amministrando gli affari altrui, senza di lui saputa, pagava gl' interessi da costui dovuti per impedire una lite, per non fare vendere i pegni, potevano chiedere gl' interessi sugl' interessi da loro pagati, quando ciò era necessario per renderli indenni.*

Dietro queste teoriche si potrebbe concepire l'articolo in modo da comprendere due disposizioni. La prima parlerebbe dei casi nei quali l'anatocismo è dovuto per legge; la seconda quando si deve per rendere indenne chi ha pagato gl' interessi.

Il consigliere Sarno: *L'anatocismo è poco confacente alla morale pubblica. È pericoloso all'economia pubblica, giacchè quanto più vengono in onore le rendite oziose e civili, tanto più vanno a cadere le rendite vere dell' agricoltura e della pastorizia.*

Il consigliere Magliano: *O bisogna ammettere generalmente l' anatocismo, o bisogna toglierlo interamente senza alcuna eccezione. Le volute rendite oziose e civili promuovono l' industria, e questa le ricchezze nazionali, egualmente come l'agricoltura e pastorizia. Sono*

« pitali, ec..... purchè tanto nella dimanda, quanto
« nella convenzione si tratti d' interessi *dovuti* al-
« meno per un anno intero. » Or nella specie gl' in-
teressi non sono *scaduti* quando si fa la convenzione;
non son *dovuti* per un anno intero, poichè non ne
sono ancora dovuti. È questa dunque una conven-
zione la quale non ha nè oggetto, nè materia.

Ma rispondiamo che le cose future possono essere
la materia delle convenzioni, e queste parole del-
l'articolo, *gl' interessi scaduti..... gl' interessi do-
vuti per un anno intero*, possono prendersi tanto
nel senso di un futuro, quanto nel senso di un per-

cose, che possono tutte esistere, senza che una voglia di necessità la distruzione dell'altra. Oggi il pupillo è difeso dal consiglio di famiglia, dal tutore surrogato, per cui non gode alcuno beneficio come minore nello sperimento delle azioni, ma è considerato come ogni altro cittadino. Il fideiussore soffre le conseguenze della sua obbligazione. Il procuratore sarebbe reo di truffa e di abuso di confidenza. L' amministratore ha fatto un beneficio senz' avere in veduta gl'interessi d' interessi.

Il dritto romano ammetteva è vero in alcuni casi l' anatocismo, quando mutavasi, secondo l' espressioni di Fabro (de error. decad. *20, cap. 1.) la condizione della persona del creditore, o del debitore, come, ai termini delle leggi 7, § 12, ff.* de administ. et peric. tutor., *60 ff.* pro socio, *se il tutore convertiva in proprio uso le usure del danaro pupillare, se il socio si valeva della parte del lucro spettante all'altro socio, e se alcuno, giusta la decisione 254 n.° 15 riferita da de Franchis, pagava per altri la sorte e gl' interessi. In tutti questi casi, al dir di Scevola nella l. 58, § 1. dict. tit. ff.* de admini et peric. tut., *totum sortis vice fungitur, vel fungi debet. Nel nostro Regno però non si sono mai ammesse le usure di usure, come ci assicura il reggente de Marinis (resolut. lib. 1. cap. 99. n.° 1. cap. 169, n.° 11) ed il Rovito nella decis. 9, n.° 6 e 15. Si aggiunga, che gli esempii indicati dal consigliere Pasqualini, nella maggior parte sono compresi tra i casi nei quali per le leggi*

fetto accordo. La legge richiede soltanto che gl'interessi non possano produrne anch'essi a lor volta, o per effetto di dimanda giudiziale, o anche per effetto di una convenzione fatta da principio, e prima della scadenza degl'interessi, se non quando quest'interessi saranno dovuti per un'annata intera di godimento del capitale che gli avrà prodotti; che non cominciano a produrne se non quando saranno di già dovuti per un anno intero; e ciò assolutamente ha luogo nella specie: gl'interessi saranno *scaduti* quando ne produrranno, e saranno *dovuti* per un intero anno di godimento del capitale.

Se si dicesse che la legge non volle permettere

---

vigenti si debbono gl' interessi di pieno dritto (*). *Tacito (annal. lib. 6 § 16 e 17) nel parlare della tempesta di accusatori che si scaricò sopra quelli che si arricchivano di usure contro la legge, dice che l'usura sia un* MALE VECCHIO DELLA CITTÀ, E FREQUENTISSIMA CAUSA DI SEDIZIONI E DISCORDIE CHE SI FRENAVA DAGL'ANTICHI E MEN GUASTI COSTUMI: *ora peraltro non trattasi di proibire interamente l' usura di che ragiona Tacito, ma bensì di vietare l'usura di usura, la quale è contraria al buon costume ed ai veri interessi dello Stato, perchè distrugge le sorgenti delle ricchezze, quali sono l' industria e l' agricoltura.*

La detta Camera di grazia e Giustizia opinò di non doversi presso di noi ammettere l' anatocismo (**), nè perciò adottare l' art. 1154 del codice civile francese, che si è ragionevolmente cancellato dal progetto. TRAD.

(*) Si osservi il mio *Repertorio Giudiziario*, alla parola *interessi*. TRAD.

(**) Quindi colle decisioni dei 4 dicembre 1828 e dei 7 gennaio 1830 della nostra Corte suprema di Giustizia nella causa tra *Buono* e *Perillo*, e nella causa tra *Castiglione* e *Valignano* si dichiarò ch'essendo abolito l'anatocismo, non si possa dare luogo ad interessi d'interessi. TRAD.

la convenzione, al pari della dimanda, che riguardo agl' interessi già scaduti allorchè essa ha luogo, perchè avendo allora il creditore il dritto di esigerli, essa potè ragionevolmente, per evitare inutili tradizioni, e come dicono le leggi romane, *celeritatis causa conjungendarum actionum*, autorizzare le parti a convertire col loro consenso questi medesimi interessi in un nuovo capitale; ma che non potè prestarsi alla finzione di un pagamento d' interessi fatto dal debitore, e di una rimessione fatta dal creditore, riguardo agl' interessi che non ancora sussistevano al tempo di tale convenzione, risponderemmo che lo scopo propostosi dal legislatore nell' art. 1154 c. c. apponendo condizioni all' anatocismo che permise, fu unicamente di prevenire l'usura, d'impedire che mediante convenzioni inserite in contratti di mutuo o altri, si facessero produrre interessi ad altri interessi che fossero dovuti per meno di un' annata di godimento del capitale; lo che non ha menomamente luogo nella specie in quistione.

Era altronde ben inutile in una legislazione che permette di stipulare interessi in qualsivoglia contratto, che permetteva anche in quel tempo di stabilirne maggiori de' legali (art. 1907 c. c. = *1779 ll. cc.*) di autorizzare le parti con una speciale disposizione a fare la convenzione di cui si tratta nel caso che gl' interessi fossero già dovuti, fossero già esigibili: ciò era naturale. In che cosa in fatti nel sistema di tale legislazione, la convenzione intervenuta tra un creditore ed il suo debitore il quale gli deve un'annata

d'interessi, che questi in vece di pagare siffatti interessi, li riterrà presso di sè come un nuovo mutuo, produttivo puranche d'interessi; in che cosa, diciamo, simile convenzione uscirebbe dalle regole del dritto comune, poichè il Codice ammette le tradizioni fittizie del pari che le reali, anche in materia di vendita; art. 1606 c. c. = *1452 ll. cc.*? Non potevasi temere in effetti che la disposizione dell'ordinanza del 1673, la quale vietava di prendere sotto qualsivoglia pretesto l'interesse dell'interesse, fosse un ostacolo alla validità di una tale convenzione, fatta, il ripetiamo, circa ad interessi già scaduti, già dovuti, già esigibili, poichè nulla sarebbe stato più facile che di eludere siffatta disposizione col pagamento della somma dovuta per interessi, e colla rimessione fatta, all'istante medesimo dal creditore al debitore di questa medesima somma a titolo di nuovo mutuo producente interesse.

500. Noi neppure scorgiamo perchè le parti non potrebbero lecitamente convenire che interessi già scaduti ed *esigibili*, abbenchè dovuti per meno di un anno, saranno ritenuti dal debitore come un nuovo capitale che produrrà puranche interessi; imperocchè questo caso differisce essenzialmente da quello in cui le parti convenissero, al tempo del mutuo, che gl'interessi formeranno, in ogni sei mesi per esempio, un nuovo capitale produttivo d'interessi; e ciò appunto la legge volle e dovè voler impedire, perchè l'usura non addivenisse eccessiva con tali convenzioni. Ma quando gl'interessi sono già dovuti,

quando sono già esigibili al momento della convenzione, che cosa importa mai che in vece di pagarli attualmente, e di prendere forse per tale oggetto a mutuo da un' altra persona, il debitore li ritenga presso di se come una nuova somma mutuatagli dal creditore? La sua posizione al certo è assolutamente la stessa; non gli si fa la legge, come potrebbesegli fare nei contratti di mutuo; si evitano soltanto tradizioni inutili, come si pratica nel caso in cui gl'interessi son dovuti per un anno intero. Se a lui non conviene di ritener presso di se ciocchè deve per interessi scaduti, può pagarlo in vece di fare un nuovo contratto per tale oggetto. Siffatta convenzione gli è anche vantaggiosa, in quanto che evita forse con ciò le spese di una dimanda di quest' interessi, che forse non sarebbe in circostanze di pagare attualmente. Che che ne sia, egli non soffre con ciò alcun danno: se li paga di suo danaro, è privato del godimento di questo medesimo danaro; se prende a mutuo, per tale oggetto, pagherà probabilmente interessi al nuovo mutuatario, ed il risultamento diffinitivo sarà sempre lo stesso per lui, se non gli sia più svantaggioso.

Questa risoluzione non sarebbe effettivamente contraria allo spirito dell' art. 1154 c. c. se non per quanto non si potrebbero stipulare interessi per meno di un' annata di godimento del capitale; ma nulla impedisce di mutuare per sei mesi al due e mezzo per cento, in materia civile; voi potete altronde dovermi sei mesi d' interessi per ragione di una ven-

dita , di una costituzione di dote , di un legato , ec. ; e non iscorgiamo perchè non potremmo convenire al tempo del maturo, che riterrete ancora per un dato tempo tutta la somma che mi dovete presentemente , capitale ed interessi ; e che questa somma produrrà interesse. Voi siete assolutamente il padrone di prendere l' espediente che vi sarà più vantaggioso ; e se la legge avesse effettivamente voluto opporsi ad una simile convenzione , nulla sarebbe stato più facile che di eludere il suo divieto, facendo al creditore il pagamento degl' interessi maturati, il quale ne avrebbe fatto puranche all' istante un nuovo mutuo al debitore con istipulazione d' interessi , la qual cosa al certo , supponendola vera , non sarebbe stata illecita. Or la legge non può volere se non ciò che è utile e che essa può fare eseguire. L' art. 1154 c. c. intende dunque parlare principalmente di una convenzione che fosse fatta da principio. Allora è vero di bisognare , perchè faccia produrre interessi d' interessi , che sien dovuti per un' annata intera , giacchè altrimenti l' anatocismo potrebbe troppo facilmente divenire usurario , essendo il mutuatario , astretto sovente da' suoi bisogni , dispostissimo a sottoscrivere tutto. Ma la sua situazione è libera sotto tal rapporto , quando egli fa la convenzione sopra interessi già dovuti e già esigibili , abbenchè sien dovuti per meno di un' annata , poichè può pagarli di suo danaro o mutuarli altrove , se non voglia ritenerli ; con ciò forse egli evita altre spese. D' altra banda l' art. 1155 c.

c. = *1108. ll. cc.* permette di fare la convenzione riguardo ai fitti, alle pigioni, ai proventi arretrati delle rendite dovute per meno di un anno; or la ragione è assolutamente la stessa per interessi *esigibili* nel momento della convenzione.

501. Del resto nell' uno o nell' altro caso, se io fo la convenzione di cui si tratta con un terzo delegato dal debitore, o che da sè stesso assunse a suo carico per via di novazione, di *espromissione*, non può esservi dubbio che siffatta convenzione sia valida; giacchè in realtà non avvi anatocismo: non se ne scorgeva puranche nell' antica giurisprudenza.

502. Ma fuori del caso preveduto in questo art. 1155, una domanda giudiziale non può far produrre interessi ad interessi dovuti per meno di un'annata, abbenchè fossero esigibili; talmente che anche quando fossero dovuti *da più* di un'annata, se non fossero dovuti *per* un'annata, non produrrebbero interessi dal loro canto. Tale sarebbe il caso in cui vi avessi mutuato, *per sei mesi*, una data somma con interesse al due e mezzo per cento, e che fossero trascorsi più di sei mesi *dalla scadenza* del debito fino al momento della dimanda: siccome gl' interessi non avrebbero luogo, in virtù della stipulazione, che pel tempo convenuto, passato tal tempo, rientreremmo nel dritto comune, e per dritto comune gl' interessi non decorrono che in virtù di una dimanda. Non saremmo dunque più nel caso dell' art. 1154 c. c. Diversamente sarebbe se vi avessi

mutuato, senza stabilire il termine del maturo (1), a tanto per cento all' anno, o al mese, o anche se, stabilendo un termine per lo rimborso, si fosse detto che paghereste gl'interessi finchè riterreste il capitale: allora gl' interessi decorrerebbero, in virtù della convenzione, finchè non sareste liberato, salvo la prescrizione di cinque anni dell' art. 2277 c. c. = *2183 ll. cc.*

503. Nella dimanda bisogna conchiudere ancora per gl' interessi degl' interessi e di altri oggetti produttivi d'interessi giusta l'art. 1155 c. c. = *1108 ll. cc.*; ma bisogna *dimandarli*, ciocchè suppone l' art. 1154 c. c. Ed il seguente abbenchè parli della *dimanda* in un modo assoluto, si riferisce nondimeno al precedente, in cui la dimanda giudiziale si rapporta evidentemente agl' interessi degl' interessi: « Gl' in-« teressi scaduti de' capitali possono produrre inte-« ressi o in forza di una *dimanda* fatta giudizial-« mente, o in vigore di una convenzione speciale, « ec. »; dunque essi formano l' oggetto di questa dimanda, o almeno vi sono compresi; dunque devesi conchiudere puranche per gl' interessi degl' interessi, altrimenti i giudici pronunziandoli, commetterebbero un *ultra petita.*

---

(1) Ciocchè si suppone come possibile dagli art. 1900 e 1901 c. c. = *1772 e 1773 ll. cc.*

SEZIONE V.

Della interpretazione delle convenzioni.

SOMMARIO.

504. *Rimessione al tomo precedente per la spiegazione delle regole d' interpetrazione in materia di testamenti.*

505. *Devesi nelle convenzioni indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè attenersi al senso letterale delle parole: esempio.*

506. *Altro esempio dell' applicazione della regola.*

507. *Ciocchè può generalmente menare alla scoverta della intenzione delle parti quando abbiano contrattato.*

508. *Una clausola suscettiva di due sensi si debbe intendere in quello con cui può avere qualche effetto, piuttostochè in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno: applicazione della regola.*

509. *Ma se la clausola per avere un effetto dovesse violare la legge o il buon costume, sarebbe nulla.*

510. *Sarebbe lo stesso se, per darle qualche effetto, bisognasse evidentemente far violenza all' intenzione che avevano verisimilmente le parti al tempo del contratto.*

511. *Nel dubbio non devesi supporre che le parti o il testatore abbiano voluto ciocchè vietava la legge, e se la clausola può avere naturalmente effetto interpetrandola in un altro senso, devesi preferire questa interpetrazione; rimessione alle sostituzioni vietate.*

512. *Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla natura del contratto. Esempio.*

513. *Ed alla qualità delle parti.*

514. *Ma il marito che autorizzasse semplicemente sua moglie a vendere un immobile da lei posseduto, non si obbliga con questo solo fatto alla garantia in caso di evizione.*

515. *La clausola colla quale si dice semplicemente nell' atto costitutivo di un usufrutto:* l' usufruttuario farà le riparazioni, *s' intende forse puranche delle straordinarie riparazioni, o soltanto delle riparazioni di manutenzione?*

516. *Ciò ch' è ambiguo s' interpetra secondo ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto.*

517. Se non vi fosse alcun uso determinato nel luogo del contratto, si seguirebbe l' interpetrazione più mite.

518. Nelle vendite ogni patto oscuro o ambiguo s' interpetra contra il venditore.

519. Ma se l' oscurità del patto derivasse dal fatto del compratore, che lo fece apporre nel suo interesse, allora il patto s' interpetrerebbe contra di lui.

520. In generale nel dubbio seguesi il partito più mite, specialmente nelle obbligazioni unilaterali, e più particolarmente ancora negli atti a titolo gratuito.

521. Ne' contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi sieno espresse.

522. Applicazione della regola.

523. Altro esempio.

524. Il Codice ha conservato gli usi locali in molti casi, e devonsi per conseguenza osservarsi in questi medesimi casi.

525. Tutte le clausole de' contratti s' interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall' atto intero; applicazione della regola.

526. Le convenzioni si limitano al loro oggetto; applicazione della regola alle transazioni.

527. Quando si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l' obbligazione, non si presume con ciò di essersi limitata l' estensione degli effetti che essa ha per dritto comune: esempio.

528. Vi sono ancora altre regole d' interpetrazione di men frequente applicazione, che saranno spiegate successivamente a misura che se ne presenteranno i casi.

504. Nel tomo precedente, capitolo V, sez. XI (a), esponemmo le principali regole d'interpetrazione delle disposizioni oscure, ambigue o dubbiose contenute nei testamenti; ed avemmo pure occasione a tal uopo di citare molte di quelle che i compilatori del Codice più specialmente stabilirono per l'in-

(a) A sviluppamento di quanto si è avvertito nel tomo precedente nella nota su tale sezione, possonsi riscontrare le dottrine riportate nel mio *Repertorio giudiziario* alla parola *ricorso per annullamento*. TRAD.

terpetrazione delle convenzioni. Non sarà dunque inutile di riportarsi a quanto dicemmo a tal riguardo.

505. La prima regola d' interpetrazione de' contratti sancita dal Codice è che « nelle convenzioni « si dee indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti anzichè attenersi al « senso letterale delle parole ; art. 1156 c. c. = *1109 ll. cc.* » (a).

Il dritto romano diceva similmente : *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* ; l. 219, ff. *de verb. signif.*

Nella specie di questa legge, gli ufiziali municipali avevano affittato un fondo comunale ad un individuo, con clausola che il suo *erede* puranche ne godrebbe col medesimo titolo: *ut ad* HEREDEM *ejus qui suscepit pertineret* ; e Papiniano risolve che la riserva riguardante l' erede del fittuario s' intende puranche di una riserva riguardante il suo legatario, cioè che il fittuario potè fare il legato del dritto che gli veniva conferito col contratto di affitto : *jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit* ;

(a) Si osservi la decisione della nostra Corte suprema di giustizia dei 12 aprile 1828 nella causa tra *Ruggiero* e *Guarini*. Inoltre il simolato in un atto non pregiudica al vero. Di questo principio se ne formò nel Codice di Giustiniano l' oggetto di un titolo concepito nei seguenti termini : *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Quindi celato un *pegno* sotto il velo di *compravendita*, o un *mutuo* sotto l' aspetto di *deposito*, vale il contratto come *pegno*, o come *mutuo*, se non vale come *compra-vendita*, o come *deposito* ; *decis.* della detta nostra suprema Corte di giustizia dei 18 novembre 1828, e dei 30 aprile 1835 nelle cause tra *Tria* e *Pugliese*, e tra *Casale* e *de Luisi*. TRAD.

*

benchè nell' atto si fosse parlato soltanto dell' *erede*; ma ciò perchè si presume che il fittuario avesse voluto comprendere sotto il nome di *erede* i suoi successori in generale. Nondimeno se si fosse seguito il senso letterale delle parole della convenzione il legatario non avrebbe avuto il dritto di godere del fondo, poichè la clausola non parlava che dell'erede, lo che per conseguenza avrebbe impedito al fittuario di fare il legato del suo dritto di godimento.

506. Avendo l' uso di vendere ad un individuo del mio comune la seconda erba del mio prato, per condurre a pascere il suo bestiame, mediante una somma di cento franchi o circa, io feci con lui la convenzione che godrebbe per un certo numero di anni dell'*erba* di questo prato, mediante cento e dieci franchi all' anno, senz' altra spiegazione. È chiaro che io non intesi vendergli se non la seconda erba o guaime, e non il fieno o primo ricolto, abbenchè sotto il nome generico di *erba*, di cui mi servii, si trova compresa la prima erba del pari che la seconda. Ma la nostra intenzione non può esser dubbiosa in tal caso, confrontando il prezzo di questa locazione col prezzo di quelle degli anni precedenti, e colle parole di cui ci fossimo valuti facendoli, ed attenendosi al senso che hanno queste espressioni nel paese. Imperocchè egli è evidente che contrattando colle medesime condizioni, o approssimativamente, noi intendemmo contrattare sul medesimo oggetto: per cui la regola dell' art. 1602 c. c. = *1448 ll. cc.* che ogni patto oscuro o ambiguo

s' interpetra contra il venditore, non può essermi applicato nella ipotesi, attesochè non avvi nè oscurità, nè ambiguità.

507. Quindi nelle convenzioni bisogna sempre osservare ciocchè vollero le parti, anzichè attenersi al rigoroso significato di una espressione da esse usata senza volerle dare tal senso; e per conoscere questa intenzione, devesi prendere in considerazione la natura della convenzione, le circostanze nelle quali le parti contrattarono, ed i motivi che potevano ragionevolmente determinarle secondo siffatte circostanze (a): ***quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem;*** l. 168, § 1, ff. *de regul. juris.*

Le voci dubbiose debbono soprattutto interpetrarsi secondo la probabile intenzione di colui che parlò nella clausola: *in ambiguis orationibus, maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset;* l. 96, *eod. tit.*

In obscuris, inspici solet quod verisimilius est; l. 114, *eod. tit.*

O secondo ciocchè avviene più spesso: *aut quod plerumque fieri solet; ibid.*

508. Quando una clausola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può aver qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non

---

(a) Generalmente per ben interpretare gli atti umani, così di ultima volontà, che tra vivi, devesi, ai termini delle leggi 201 ff. *de Regul. jur.*, 8 ff. *mandati* e 12 ff. *de S. C. Maced.*, attendere il *principio*, ossia il primo tempo di essi in cui furono formati. TRAD.

ne potrebbe produrre alcuno (art. 1157 c. c. = *1110 ll. cc.*); giacchè non è ragionevole di credere che le parti non vollero far cosa alcuna inserendo questa clausola (1).

Così, supponghiamo che Pietro e Paolo dividendo un prato, convengono che *Paolo potrà passare pel detto prato per andare ad un campo che gli appartiene*: egli è evidente che questa clausola deve intendersi nel senso che Paolo potrà passare sulla parte del prato caduta nella quota di Pietro, poichè non avea bisogno di riservarsi il dritto di passare su quella a lui spettata: se dunque Pietro sostenesse che la clausola possa intendersi della riserva del passaggio tanto sulla porzione di Paolo che sulla sua, la clausola non produrrebbe alcun effetto, lo che non potrebbe ammettersi senza violare le più semplici nozioni del buon senso e del dritto.

509. Ma quando la clausola per avere un effetto dovesse intendersi in un senso che lederebbe la legge o il buon costume, allora la regola non è più applicabile, e la clausola dev' essere rigettata; art. 6 c. c. = *7 ll. cc.*

510. Avverrebbe lo stesso se per dare un effetto alla clausola bisognasse evidentemente far violenza all'intenzione che verisimilmente avevano le parti, o una di esse, nel farla; e questa intenzione, co-

—

(1) La regola è applicabile puranche alle disposizioni testamentarie; la l. 109, *princip. ff. de legatis*, 1.° specialmente risolve col suo soccorso una quistione di legato fatto da un marito a sua moglie.

me il dicemmo, s'interpetra secondo le circostanze della causa, ed esistenti al tempo del contratto.

511. E quando anche talune espressioni di una clausola intese in un senso non produrrebbero da loro stesse veruno effetto, per dritto comune, nondimeno se intese in un altro senso distruggerebbero l'atto, per talune proibizioni della legge, bisognerebbe piuttosto allora riguardarle come espressioni inutili, anzichè dar loro il solo senso che distruggerebbe l'atto, imperocchè se da una banda è ragionevole il credere che le parti non vollero dire cosa alcuna d'inutile nella loro convenzione o disposizione; dall'altro lato è più ragionevole ancora il supporre, finchè dalle parole stesse dell'atto non risulti la pruova del contrario, che esse non vollero contravvenire alla legge, e far così una convenzione o una disposizione nulla ed assolutamente inutile. Da ciò emerge questo adagio: *Actus intelligendi sunt potius ut valeant, quam ut pereant* (1), e questa regola di dritto: *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in tuto sit;* l. 80, ff. *de verb. oblig.*

Demmo notabili esempii dell'applicazione di questa regola, parlando delle sostituzioni vietate dal Codice, tomo VIII, n.° 42 e seguenti, ove riportammo puranche parecchie decisioni che giudicarono uni-

(1) *V.* la l. 12, ff. *de rebus dubiis;* e l. 16, *princip. in fine* ff. *ad senatusc. trebell.*, ove si risolve una specie applicando tale regola.

formemente a questa regola, dichiarando valide disposizioni testamentarie che potevano intendersi tanto come disposizioni fatte con peso di conservare e di restituire ad un terzo (ciocchè le avrebbe rendute nulle in virtù dell' art. 896 c. c. = *941 ll. cc.*), quanto come disposizioni con sostituzione volgare (validissime in forza dell' art. 898 c. c. = *936 ll. cc.*), o semplici legati con tacita prevegenza del testatore, abbenchè superflua, riguardo all'accrescimento tra i collegatarii nel caso in cui uno d' essi non raccogliesse il dritto.

512. Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla natura del contratto (art. 1158 c. c. = *1111 ll. cc.*) (1): *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est;* l. 67, ff. *de regul. juris.*

Tal' è il caso, dice Pothier (n.° 93), in cui vi affitto per nove anni un dato fondo per la somma di 300 lire. Queste parole, *la somma di 300 lire*, non debbono intendersi di una somma di 300 lire una volta pagata, ma di una somma annua di 300 lire per ciascuno de' nove anni che durerà l' affitto; attesochè è della *natura* del contratto di affitto che l' estaglio si paghi annualmente.

513. Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese anche nel senso più conveniente alla qualità delle parti, specialmente alla qualità di colui

(1) O alla sua materia; l. 4, ff. *de usuris.*

che si è obbligato; giacchè deve credersi ch'egli intese obbligarsi secondo la qualità in virtù della quale soltanto l' atto poteva produrre effetti, anzichè in un senso secondo il quale non ne poteva produrre alcuno, o se non altro da meno di quelli che l'altra parte poteva naturalmente sperare.

514. Ciò non vuol dire tuttavolta che, se un marito dichiari in un atto di vendita fatto da sua moglie, di un immobile da lei posseduto, ch'egli l'autorizza a vendere questo immobile, debbe egli essere garante nel caso in cui il compratore fosse evinto da un terzo, se altronde non siasi soggettato alla garantia (1) (art. 1432 c. c. = *1403 ll. cc.* esaminato, e 1413 c. c.); imperocchè la sua autorizzazione ha un effetto evidente nella validità dell' atto, che sarebbe stato nullo senza di essa (art. 217 c. c. = *206 ll. cc.*), e non è necessario di attribuirgliene altri. Nè per ciò dee supporsi che il marito intese obbligarsi alla garantia della vendita fatta da sua moglie procedendo essa sola come venditrice; unicamente egli vien riputato aver rinunciato a vantaggio dell' acquirente al dritto di godimento che poteva avere sull' immobile, se non ne fece la riserva, perchè quando autorizza sua moglie a vendere il tale immobile, senza restrizione, non

---

(1) Anche nel caso in cui i coniugi fossero maritati in comunione, l'art. 1419 c. c. generalmente non basterebbe per rendere il marito garante della vendita fatta da sua moglie sola, e colla sua semplice autorizzazione.

si reputa non autorizzarla a vendere questo immobile se non escluso il godimento.

515. Se nell'acquisto di un dritto di usufrutto sopra una casa sia detto semplicemente: l'usufruttuario *farà le riparazioni*, senza spiegare quali riparazioni, questa clausola dev' essere forse intesa delle riparazioni ordinarie e di manutenzione, oppure anche delle riparazioni straordinarie, che sono un peso della proprietà?

Per pretendere che la clausola debbe intendersi in quest' ultimo senso, puossi dire che intesa diversamente non significherebbe alcuna cosa, poichè per la natura medesima del dritto di usufrutto l' usufruttuario doveva fare a sue spese le riparazioni ordinarie e di manutenzione; art. 605 e 606 c. c. = *530 e 531 ll. cc.* Or quando una clausola è suscettiva di due sensi, deve, come si disse, intendersi piuttosto nel senso che può avere qualche effetto, che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno; art. 1157 c. c. = *1110 ll. cc.*

Ma da un'altra banda per sostenere che la clausola debbe intendersi soltanto delle riparazioni ordinarie e di manutenzione, puossi dire che le parole suscettive di due sensi debbono essere intese in quello più conveniente alla natura del contratto: or le riparazioni di manutenzione son quelle che più convengono all' usufrutto. Puossi dir puranche che bisogna sempre ricorrere alla presunta intenzione delle parti, ch' è la prima regola da seguirsi nella interpetrazione delle convenzioni; or non è forse presu-

mibile ch' esse vollero soltanto parlare delle riparazioni ordinarie e di manutenzione, di quelle in somma che concernono il godimento degli usufruttuarii, poichè in qualità appunto di usufruttuario l' acquirente le assunse a suo carico, e non di quelle che concernono la proprietà, poichè la proprietà appartiene ad altri? Forse non puossi ragionevolmente credere, salvo le diverse circostanze della causa che richiedessero una contraria soluzione, che queste parole, *l' usufruttuario farà le riparazioni*, furono inserite nell' atto solamente per maggiore spiegazione? Tal sarebbe almeno la nostra opinione. Quante clausole in fatti non si trovano nei contratti che le parti avrebbero potuto dispensarsi d' inserirvi perchè la legge avrebbe supplito al loro silenzio, e che esse apposero nondimeno per maggiore spiegazione, o per ignoranza del dritto comune che le dispensava dal parlarne? Nei contratti di vendita specialmente non si scorge quasi sempre apposta la stipulazione di garantia, quantunque la garantia non sarebbe stata men dovuta, ancorchè le parti si fossero taciute a tal riguardo (art. 1626 c. c.=*1472 ll. cc.*), e senza che per ciò l' obbligazione di garantia sia divenuta maggiore?

Dicemmo precedentemente, parlando delle *colpe*, n.° 415, che quando il debitore assunse specialmente a suo carico la custodia della cosa venduta, *custodiam rei*, egli con ciò rese maggiori le sue obbligazioni (1); che per conseguenza sarà ri-

(1) *V.* il § 3, *Instit. de empt. et vendit*, e Vinnio su questo paragrafo.

sponsabile anche della più lieve colpa; mentrechè senza la clausola non sarebbe risponsabile che della colpa lieve, di quella che non avrebbe dovuto commettere un padre di famiglia ben regolato ed attento a suoi affari (1). Ma avvi una gran differenza tra questo caso e quello dell' usufruttuario che s' incaricò semplicemente *di fare le riparazioni:* se questi fosse tenuto per effetto di tale clausola a far puranche le riparazioni straordinarie, spenderebbe del suo sulla cosa altrui, ed indubitatamente non è presumibile che l' abbia voluto, *quia res suas jactare nemo præsumitur.* In vece che il venditore che assunse sopra di sè *custodiam rei*, volle con ciò soggettarsi ad una diligenza più esatta di quella cui sarebbe stato tenuto per dritto comune; in tacito modo egli promise d' invigilare continuamente sulla cosa, e soltanto la forza irresistibile o il caso fortuito lo potrebbe scusare dal non consegnarla (2). Se egli le lasci dunque rubare o perire, anche per la più lieve negligenza o imprudenza, che avrebbe potuto nondimeno commettere un ben regolato padre di famiglia, è tenuto della perdita, perchè colla clausola particolare, intese accrescere le obbligazioni che per lui risultavano dal contratto di vendita, secondo la sua natura, e che in parecchi casi l' una delle parti è obbligata, per la natura medesima del

(1) L. 5, § 2, ff. *commodati vel contra;* l. 23, ff. *de regul juris.* Vinnio, *loco citato.*

(2) Ma questa clausola sola non basta per porre a suo peso i veri casi fortuiti. Vinnio, *loco citato.*

contratto, di usare la più esatta diligenza, e di essere risponsabile in conseguenza della colpa anche più lieve, di quella che non avrebbero commessa quei padri di famiglia dotati di eccessiva vigilanza, i quali hanno continuamente cent' occhi aperti su tuttociò che loro interessa.

516. Ciò che è ambiguo s' interpetra da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto; art. 1159 c. c. = *1112 ll. cc.*

Una clausola è ambigua quando presenta due sensi distinti e contrarii.

È oscura allorchè non ne presenta alcuno determinatamente.

Qualora una clausola sia oscura o ambigua, devesi da prima seguire la verisimile intenzione delle parti, la quale si estima a seconda delle circostanze della convenzione. Imperocchè è da credersi per massima generale che i contraenti intesero dare alla clausola il senso che più conveniva alla natura del contratto, alla cosa che ne faceva la materia, alla condizione o modalità ch' essi credettero dovervi apporre, infine alla qualità in ragion della quale essi contrattarono (1). Ma quando siffatta intenzione non si mostri chiaramente secondo queste diverse circostanze, bisogna allora attenersi all' uso del luogo dove il contratto fu stipulato, perchè è da credersi che i contraenti vollero prenderlo per regolatore dell' estensione delle loro obbligazioni. *Semper in stipu-*

---

(1) LL. 96, 114 e 168, § 1, ff. *de regul. juris*, innanzi citata.

lationibus et in cæteris contractibus, id sequimur quod actum est; aut si non appareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur; l. 34, ff. *de regul. juris.*

517. E se nel luogo del contratto non vi fosse alcun uso così stabilito da togliere il dubbio o l'incertezza che presenta la clausola, o perchè non vi fosse verun uso su tale oggetto, o perchè vi fossero usi contrarii, che il tempo non avesse bastantemente separati, allora si seguirebbe il partito più favorevole (a) a quello contro il quale la clausola fosse invocata: *quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est; ibid.*

518. Nelle vendite ogni patto oscuro o ambiguo s'interpetra contra il venditore (art. 1602 c. c.= *1448 ll. cc.*); perchè, come lo dicono le leggi romane, egli potè e dovè spiegarsi più chiaramente su ciocchè intendeva obbligarsi colla vendita: *quia*

(a) Questo è uno dei casi nei quali bisogna ricorrere all'equità, che, secondo l'espressioni di Aristotile *(lib. 1. politic.)* è il supplimento di ogni legge, dicendosi, ai termini della legge 2, § 5, ff. de aquæ pluv. arcend. *hoc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.* Il celebre Porthalis nei motivi sul titolo della *vendita* del codice civile dice, che un eccessivo rigore nell'amministrazione della giustizia avrebbe tutti i caratteri di una tirannica oppressione, *summum jus summa injuria*, e tra gli encomii che Cicerone *(philippic. IX. n.° 5.)* dà al suo amico Sulpicio si ravvisa quello cioè di aver saputo raddolcire colle idee dell'equità i dettami del dritto civile, e che in questo pregio riluceva segnalatamente il suo merito distinto. Trad.

potuit, *re integra*, *apertius dicere*; l. 21, ff. *de contrahen. empt.* (a).

519. Tuttavolta, e come giudiziosamente l'osserva Gotofredo nelle sue note su questa legge, se l'oscurità o l'ambiguità si trovasse in una clausola relativa alle obbligazioni del compratore, in cui egli anzichè il venditore avesse *parlato* nel contratto, allora l'interpetrazione si farebbe contra di lui, precisamente in virtù della stessa regola, *quia potuit apertius legem dicere*. Effettivamente nelle permute, bisognerebbe spiegar bene l' oscurità del patto contra colui che l' avesse fatto riguardo alle sue obbligazioni; or la ragione è la medesima riguardo al compratore. Tal sarebbe il caso in cui vi fosse qualche ambiguità sul luogo o sull' epoca in cui il pagamento doveva farsi, ec., col qual patto si usciva dal dritto comune: allora il dubbio vorrebbe che lo seguissimo, o che ce ne allontanassino il meno possibile.

520. Del resto nel dubbio la convenzione s' interpetra contra colui che ha stipulato, ed a favor di quello che ha contratto l' obbligazione (art. 1162 c. c. = *1115 ll. cc.*) (1); e devesi generalmente seguire il partito meno rigoroso (b), quello special-

---

(a) Questo principio si ripete da Papiniano nella legge 39 ff. *de pact.* dove dicesi: *veteribus placet*, *pactionem obscuram*, *vel ambiguam*, *VENDITORI*, et *QUI LOCAVIT NOCERE*; *in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*. TRAD.

(1) L. 38, § 18, ff. *de verb. oblig.*, è l. 99, *eod. tit.*

(b) I giureconsulti Gajo e Marcello dicevano: *semper in dubiis benigniora præferenda sunt. In re dubia benigniorem interpretationem sequi*, *non minus justius est*, *quam tutius*; l. 56 e 192 ff. *de Reg.*

mente che presenta minore ingiustizia: *quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis;* l. 200, ff. *de regul. juris*. Il creditore deve imputare a sè stesso di non essersi meglio spiegato. Altronde la liberazione è degna di favore (a).

La nostra regola è più particolarmente applicabile ancora alle obbligazioni unilaterali, e specialmente a quelle che furono contratte a titolo gratuito.

Noi precedentemente sviluppammo le conseguenze di questa regola nei legati.

521. Nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi sieno espresse; art. 1160 c. c. = *1113 ll. cc.*

---

jur. Pothier (*ad Pandect. Justin. lib. 30, 31 e 32, part. 2. sect. 1. art. 1. reg. 7.*) comentando queste due leggi, avverte: *Benignior autem videri debet illa interpretatio V. G. quæ ab illo verborum sensu recedit qui aliquid odii contineret; quapropter ea sequenda est.* I celebri *Ugone Grozio* e *Puffendorfio* insegnano che bisogna discostarsi anche dalla proprietà del linguaggio per escludere nelle cose odiose la interpretazione più dura e più onerosa. *In odiosis*, dice il primo (*de jur. belli et pacis, lib. 2. cap. 16, § 12. n.° 3.*) *etiam sermo figuratus aliquantulum admittetur, quo onus vitetur.* Il secondo poi (*de jur. nat. et gent., lib. 5. cap. 12. §. 22*) insegna: *Un altro indizio che obbliga a restringere una legge, o una promessa generale, si ha quando, spiegando i termini a rigore, ne risulterebbe una cosa non per vero assolutamente illecita in se stessa, ma che a giudicarne umanamente sembrasse troppo dura o troppo onerosa, sia avuto riguardo alla costituzione ordinaria della natura umana in generale, sia paragonando la persona e la cosa di cui si tratta, collo scopo stesso dell'atto, cioè a dire della legge, o della promessa.* Trad.

(a) *Ubi de obligando, quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem:* l. 47, ff. *de obligat. et action.* Trad.

Perchè in fatti, come già il dicemmo di sopra, n.° 584, le convenzioni obbligano non solo a ciocchè vi è espresso, ma ancora a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura; art. 1135 c. c.= *1089 ll. cc.*

È antico assioma che *in contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

522. Così, allorchè io compro cento mazzi di fieno o altre cose simili che si vendono a centinaio, in un luogo in cui l'uso è di dare il quattro per cento, ed avviene così quasi da per tutto, dovranno darmisi cento e quattro mazzi, altrimenti chiamato un centinaio guarnito, ancorchè nel contratto siasi parlato di un centinaio soltanto. Sarebbe lo stesso, abbenchè si fosse semplicemente detto: mi consegnerete cento mazzi di fieno; il tutto, salvo convenzione contraria.

523. Così ancora, come il dicemmo precedentemente (n.° 585), in Parigi ed in molte altre città, l'uso è di accordare all'inquilino che sloggia un dato numero di giorni dopo quello del termine, per fare lo sloggiamento, e che varia in ragione della pigione e delle cose locate, senza che per tale motivo debbasi aumentare la pigione, abbenchè avesse cominciato a goderne nel giorno medesimo del termine che precedette, o anche alcuni giorni innanzi, perchè l'appartamento era allora vuoto.

524. Gli usi locali sono numerosissimi e variano all'infinito; il Codice intese conservarli in molti ca-

si, specialmente in materia di servitù (art. 645 c. c. = *567 ll. cc.*), di locazione (art. 1736, 1745, 1754 e 1759 c. c. = *1582, 1591, 1600 e 1605 ll. cc.*), di vendita, circa alla durata delle azioni di annullamento per vizii redibitorii; art. 1648 c. c. = *1494 ll. cc.* Essi debbono osservarsi allorchè il Codice non vi derogò esplicitamente o implicitamente; ma nel caso contrario, devesi dire generalmente che le parti non intesero comprenderne gli effetti nella loro convenzione, se nulla dissero a tal riguardo.

525. Tutte le clausole delle convenzioni s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero (a); art. 1161 c. c. = *1114 ll. cc.*

La legge 126, ff. *de verb. oblig.* somministra un esempio dell'applicazione di questa regola, e che vien riprodotto da Pothier nel n.° 96 del suo trattato *delle Obbligazioni.*

Nella specie di questa legge era detto, in un contratto di vendita, con una prima clausola che un fondo si vendeva *ut optimus maximusque*, cioè franco da ogniqualsivoglia servitù; per seconda clausola era detto che il venditore intendeva non essere garante *che de' suoi fatti.* Questa seconda clausola servì all'interpretazione della prima, e ne restrinse la generalità degli effetti al senso che il venditore

(a) Questi principii sono sviluppati nelle decisioni dei 17 dicembre 1822 e de' 12 agosto 1825 della nostra Corte suprema di giustizia nella causa tra *Gorbaldi* e *Rossi* e nella causa tra *Caramanico* e *Bovino*. Trad.

colla prima clausola non intese promettere ed assicurar altro, fuorchè di non aver imposto alcun peso sul fondo venduto, e che lo vendette franco e libero da ogni peso a tal riguardo; ma non assicurare e garantire ch'era franco e libero da ogni peso per parte de' suoi predecessori, e di cui non aveva allora alcuna conoscenza.

Quindi in tal caso non si applicò la regola stabilita nella l. 21, ff. *de contrahenda empt.* (1), secondo la quale l'oscurità del patto s'interpetra piuttosto contra il venditore che contra il compratore, regola sancita dall'art. 1602 c. c. = *1448 ll. cc.* in termini vieppiù contrarii al venditore, poichè dice che « il venditore è tenuto a spiegar chiara« mente quello a cui si obbliga, e che OGNI patto « oscuro o ambiguo s'interpetra contro di lui »; lo che tuttavolta non è vero, come il dicemmo più sopra, n.° 519, se non con ragionevoli distinzioni. Ma nella specie della legge 126 *de verb. signif.*, non eravi oscurità o ambiguità, confrontando le diverse clausole del contratto, e l'effetto che naturalmente il venditore aveva inteso dare a ciascuna di esse.

526. Comunque generali sieno le parole di una convenzione, essa non comprende se non le cose sulle quali sembra che le parti si proposero di contrattare; art. 1163 c. c. = *1116 ll. cc.* Da ciò emerge che le transazioni non regolano se non le contro–

(1) Così conceputa: *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori*, QUI ID DIXERIT, *quam emptori: quia potuit re integra apertius dicere.*

versie che vi sono state comprese, sia che le parti abbiano manifestato la loro intenzione con espressioni speciali o generali, sia che risulti tale intenzione per una necessaria conseguenza di ciò che è stato espresso (1); art. 2049 c. c. = *1921 ll. cc.*

E la rinunzia fatta a tutti i dritti e pretensioni non s' intende se non di ciò che è relativo alle controversie le quali han dato luogo alla transazione; art. 2048 c. c. = *1920 ll. cc.*

Talmente che se colui che ha transatto sopra un dritto suo proprio, acquisti in appresso un simile dritto da altra persona, non resta legato dalla transazione precedente in quanto al dritto recentemente acquistato (art. 2050 c. c. = *1922 ll. cc.*), quando anche il nuovo dritto non fosse in qualche modo che una conseguenza di quello sul quale intervenne la transazione. Per esempio, se un erede per metà transiga sopra il suo dritto, riguardo al tale o tal altro oggetto dell' eredità, ed il suo coerede rinunzii in appresso alla eredità, la transazione non avrà effetto se non per la parte che allora aveva nella cosa l' erede che transigette, abbenchè la parte del coerede che rinunziò non sia realmente per lui un *nuovo acquisto*, per ragione della triplice massima che l' effetto dell' accettazione risale al giorno dell' apertura della successione (art. 777 c. c. = *694 ll. cc.*), che l' erede il quale rinunzia si reputa non essere stato mai erede (art. 785 c. c. =

---

(1) *V.* la l. 31 Cod. *de trans.*

702 ll. cc.), e che la sua parte si accresce a quella dell'erede che accetta (art. 786 c. c. =*703 ll. cc.*): donde si sarebbe potuto credere che transigendo sopra i *suoi dritti* circa all' oggetto in quistione, ed anche sulla *sua porzione* in quest' oggetto, egli si trovi, per effetto di queste regole, di aver contrattato sopra l' intero, poichè i suoi dritti si trovano essere del totale, e la sua parte in sostanza è similmente del totale. Ma non avvien così, attesochè la rinunzia del coerede non si presumeva (art. 784 c. c.= *701 ll. cc.*), e transigendo l'erede contraente sulla sua porzione, o pure sopra i suoi diritti in generale, nel momento in cui il coerede non aveva ancora rinunziato, ragionevolmente non intese transigere se non sui dritti che aveva in quel tempo: non si deve presumere che egli abbia voluto contrattare sui dritti di un altro, e soggettarsi così alle conseguenze di un' obbligazione riguardante questi medesimi dritti. Or le transazioni, del pari che gli altri contratti, comprendono le cose sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare (1); art. 1163 c. c. = *1116 ll. cc.*

Del resto quando le parti abbiano transatto ge-

(1) In appresso tratteremo la quistione se un erede in parte, il quale venda la sua porzione, oppure i suoi dritti nella successione, si reputi aver venduto puranche la porzione del suo coerede il quale rinunziò dopo la vendita. Su tale quistione non furono di accordo gli autori, ma noi opiniamo esser dessa una quistione d' intenzione, la quale generalmente dovrà decidersi a vantaggio del venditore, del pari che noi la risolviamo a favore dell' erede che transigette sulla sua porzione prima della rinunzia del suo coerede.

neralmente sopra tutti gli affari che avevano assieme, la transazione in verità comprende sempre soltanto le controversie allora esistenti, e non quelle le cui cause fossero posteriori alla transazione; ma i titoli che loro erano anche ignoti nel momento in cui essa fu fatta, o posteriormente scoverti, non costituirebbero una causa di rescissione, ammenochè non fossero stati occultati per effetto di una delle parti; art. 2048, 2049 e 2057 c. c. = *1920, 1921 e 1929 ll. cc.* insiem combinati.

Nondimeno la transazione è nulla, quando essa non riguardi che un solo oggetto, e resti provato da documenti recentemente scoverti che una delle parti non aveva alcuna ragione sopra lo stesso oggetto (medesimo art. 2057 c. c. = *1929 ll. cc.*), perchè allora *nulla res dubia fuisset.* Or ogni transazione deve aver luogo sopra una cosa dubbiosa, abbenchè più o meno, *de lite dubia*, l. 1, ff. *de transact.*; *non de re valida et indubitata*, l. 12, Cod. *de transact.*

527. Infine quando in un contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l'obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi ai quali per legge può estendersi l'obbligazione; art. 1164 c. c. = *1117 ll. cc.*

È questa la traduzione della regola del dritto romano: *Quæ dubitationis tollendæ causa in contractibus inseruntur, jus commune non lædunt*; l. 81, ff. *de regul. juris*; l. 56, ff. *mandati vel contra.*

Questa regola è applicabile puranche agli atti di ultima volontà; l. 17, Cod. *de testam.*

Se, dice Pothier (n.º 100), si dica semplicemente in un contratto di matrimonio, che i mobili i quali perverranno agli sposi *per successione* entreranno nella loro comunione, queste parole *per successione* non escludono i mobili che spetteranno ai coniugi per altre vie, per esempio, per via di donazione o di legato. Essi non furono espressi che per ispiegazione della volontà delle parti, perchè queste avevan forse, attesa la loro ignoranza del dritto, qualche dubbio sul punto se i mobili che lor perverrebbero per via di eredità entrassero nella loro comunione per effetto delle sole disposizioni della legge.

L' adagio *inclusio unius fit alterius exclusio*, e quell' altro *qui dicit de uno negat de altero*, non sono applicabili a questo caso, se tuttavolta non risulti dalle espressioni del contratto, che effettivamente i coniugi intesero non far entrare nella loro comunione che i mobili i quali lor pervenissero per successione. Questi adagi sono altronde di pericolosa applicazione, perchè sovente falsi.

528. Vi sono ancora altre regole d' interpetrazione delle convenzioni, ma generalmente di men frequente uso; noi le esporremo e ne faremo successivamente l'applicazione a misura che i casi si presenteranno. Tanto già avemmo occasione di fare parecchie volte.

SEZIONE VI.

Dell' effetto delle convenzioni riguardo ai terzi.

SOMMARIO.

529. Testo degli art. 1165, 1166 e 1167 c. c., sull' effetto delle convenzioni riguardo ai terzi ed ai creditori.
530. Distribuzione della materia.

529. Circa all' effetto delle convenzioni riguardo ai terzi, il Codice contiene le seguenti disposizioni:

« Le convenzioni non hanno effetto se non fra le « parti contraenti: esse non pregiudicano nè gio- « vano a' terzi, fuorchè nel caso preveduto dall'art. « 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*; art. 1165 c. c. = *1118* « *ll. cc.*

« Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i « dritti e tutte le azioni del loro debitore, eccet- « tuate quelle che sono esclusivamente personali; « art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*

« Possono pure in loro proprio nome impugnare « gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro « ragioni; art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.*

« Debbono nondimeno, riguardo ai dritti enun- « ciati nel titolo delle successioni, e nel titolo del « contratto di matrimonio e de' rispettivi dritti de- « gli sposi, conformarsi alle regole che ivi sono pre- « scritte; *ibid.* »

530. Esponemmo precedentemente, nei §§ 6 e 7

della 1.ª sezione del capitolo II, quali sieno gli effetti delle convenzioni in cui siasi promesso o stipulato in proprio nome per un terzo (a), senza mandato, e nel § 8 della medesima sezione qual sia l'effetto delle stipulazioni riguardo agli eredi ed aventi causa dalle parti contraenti. Ma convien trattare qualche caso in cui una convenzione può oppur no avere effetto a favore o contra qualcuno che non vi fu parte nè per sè stesso nè col mezzo del suo autore, e che neanche vi venne compreso nominatamente; sviluppare le conseguenze della regola che i creditori possono sperimentare tutti i dritti del loro debitore, eccettuati quelli che sono esclusivamente personali;

E finalmente quelle di quest'altra regola, che i creditori possono impugnare, nel loro personal no-

---

(a) Per dritto romano era necessario che vi concorresse l'interesse del terzo a vantaggio del quale si faceva la stipulazione, in guisa che neanche a favore del proprio figlio si poteva stipulare, se non come di suo erede: l. 38 *princ.* e § 1. ff. *de verb. oblig.*, 17. § 4. ff. *de pactis*; § 4 e 19 *Inst. de inut. stipulat.* Secondo il disposto degli art. 1118 e 1075 delle leggi civili, possono i contraenti nel fare per loro una convenzione, o una donazione dell'uno all'altro, apporvi una condizione a vantaggio di un terzo; ciò che per dritto speciale avea anticamente luogo nella sola donazione, siccome Gotofredo avverte sulla legge 7, Cod. *de donation.*, *quæ sub modo*, dicendo: *Speciale est in donationem contractibus, ut alteri per alterum quæratur actio.* Or, giusta il detto articolo 1075, il vantaggio del terzo è legittimamente convenuto, e le parti non possono rivocarlo, se il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, non ostante la nota massima, espressa nelle leggi 35 e 100 ff. *de regul. jur.*, cioè che *nihil tam naturale est, quam quidquam eo genere dissolvi, quo colligatum est.* Trad.

me, gli atti formati dal loro debitore in frode dei loro dritti.

Sarà ciò la materia de' tre seguenti paragrafi.

§. I.

Differenti casi in cui una convenzione può oppur no aver effetto a favore o contra una persona che non vi fu parte nè per sè stessa nè mediante il suo autore, e che neanche vi venne compresa nominatamente.

SOMMARIO.

531. Gli effetti di un accordo sono una modificazione alla regola che le convenzioni non obbligano se non coloro che le fecero; motivi e dritto romano su tal punto.

532. I pesi che io imponessi sul fondo da me venduto dopo la vendita, sarebbero senza effetto, abbenchè ciò fosse prima di ogni tradizione.

533. Differenza su tal punto del dritto attuale col dritto antico.

534. Neanche posso in generale stipulare utilmente una servitù per un immobile, dopo la vendita da me fatta di questo immobile.

535. Nel dritto romano, se chi aveva stipulato una servitù alienava una quota parte del fondo pel quale l' aveva stipulato, prima che la servitù fosse imposta sul fondo coll' esercizio del dritto, la stipulazione diveniva nulla; ed uno de' comproprietarii di un fondo non poteva egli solo stipulare una servitù per tal fondo: queste regole non sarebbero seguite nella nostra legislazione.

536. Differenti persone che non possono colle loro convenzioni imporre sui beni pesi obbligatorii per coloro che han dritti su questi medesimi beni.

537. Effetto, riguardo ai terzi, delle convenzioni tra eredi, rispetto al pagamento de' debiti e rispetto ai crediti della successione.

538. *La ratificazione di un' obbligazione soggetta ad essere annullata o rescissa non nuoce ai dritti acquistati da' terzi.*

539. *Il fideiussore può invocare la rimessione fatta dal creditore al debitore, ancorchè questi abbia rinunziato al dritto di opporla dacchè essa ha luogo.*

540. *Ma le rimessioni fatte con un accordo giudiziale non possono invocarsi dal fideiussore.*

541. *I chiamati ad una sostituzione permessa ne profittano per proprio dritto, abbenchè non sieno stati parti contraenti nell' atto di donazione. I figli del matrimonio possono profittare puranche per loro proprio dritto delle donazioni de' beni futuri.*

542. *Vi sono ancora altri casi nei quali puossi trarvantaggio da una convenzione in cui non si fu parte.*

531. Quando un accordo sia regolarmente fatto tra un debitore fallito ed un numero di suoi creditori formanti la maggioranza, e rappresentanti coi loro crediti i tre quarti della totalità delle somme, secondo lo stato de' crediti verificati e registrati, questo atto è obbligatorio anche pei creditori che non vi acconsentirono, anche per quelli che vi si opposero formalmente, se la loro opposizione fu rigettata; art. 519 a 526 c. com. = *511 a 518 ll. ecc. com.* esaminati.

È questa una modificazione alla regola che una convenzione non nuoce ad un terzo, e non può per conseguenza essergli opposta. Ma siccome non era giusto da un altro canto che la resistenza di uno o più creditori potesse nuocere agli altri, facendo lor perdere vie maggiormente, per effetto delle spese che produrrebbe la spropriazione del fallito, lo che diminuirebbe d' altrettanto il valore della comune garantia, e l' equità altronde reclamava fortemente a

favore di un debitore sventurato e di buona fede, esposto ai pericolosi eventi del commercio, perchè non fosse espropriato del suo stabilimento, perchè gli si lasciassero al contrario i mezzi di riaversi: tutte queste considerazioni, diciamo, fecero in tal caso piegar la regola che le convenzioni non hanno effetto se non tra le parti contraenti.

Malgrado la severità del dritto romano riguardo all' effetto delle convenzioni per ciò che concerne i terzi, quella di cui si tratta era nondimeno autorizzata; veniva protetta dal Pretore allorchè era fatta secondo le regole a tal uopo stabilite (1).

532. Se dopo la vendita da me fattavi del mio fondo, io avessi accordato a vantaggio di un terzo un dritto di usufrutto o di servitù su questo fondo, abbenchè prima della tradizione, voi non sareste obbligato di soffrirne l'esercizio, purchè il vostro titolo potesse essere opposto al terzo, come avente acquistato una data certa anteriore alla data del suo; art. 1328 c. c. = *1282 ll. cc.* Imperocchè col solo fatto della vendita, io aveva cessato di essere proprietario (art. 711, 1138, 1583 e 2182 c. c. = *632, 1092, 1428 e 2076 ll. cc.*); per conseguenza io non poteva più gravare il fondo di alcun peso.

Bisognerebbe dir la medesima cosa ancorchè la vendita fosse stata fatta sotto una condizione, e la concessione dell'usufrutto o della servitù avesse avuto luogo prima del suo adempimento, attesochè la

---

(1) *V.* la l. 7, § *ult.*, ff. *de pactis*, e le ll. 8, 9 e 10 *eodem tit.*

condizione verificata ha un effetto retroattivo al giorno del contratto; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*

533. Ma nelle antiche regole, siccome la proprietà non si trasferiva col solo fatto de' contratti, almeno generalmente, io avrei potuto validamente costituire il dritto di usufrutto o di servitù sul fondo, abbenchè avessi venduto questo fondo puramente e semplicemente, purchè la costituzione fosse stata anteriore alla consegnazione o a qualsivoglia tradizione del detto fondo; salvo la risponsabilità de' danni ed interessi verso il compratore. Avrei potuto vendere o donare con effetto la medesima cosa ad un'altra persona, e rendernelo proprietario col consegnargliela (1); vie maggiormente poteva io stabilire un semplice dritto di usufrutto o di servitù.

Egli sarebbe stato così vigente la legge di nebbioso anno VII, le quali richiedevano la trascrizione perchè il compratore divenisse proprietario riguardo ai terzi; e sarebbe ancor lo stesso vigente il Codice se in vece di una vendita del fondo io ve ne facessi donazione tra vivi, e dopo la donazione, ed anche dopo la tradizione reale del fondo, ma prima della trascrizione dell' atto di donazione, io facessi a vantaggio di un terzo una vendita del medesimo fondo, o se stabilissi su questo fondo un dritto di usufrutto, di servitù o d'ipoteca (art. 941 c. c. = *865 ll. cc.*), salva la vostra azione d'indennità contra di me.

534. In senso inverso, se dopo la vendita che vi

---

(1) L. *Quotiens*, 15, Cod. *de rei vindic.*; *V. sopra*, n.° 423 e segu.

feci del mio fondo, io stipulai una servitù per l'utilità di detto fondo, voi non potete per ciò esercitarla, se non vi trovate in uno de' casi in cui la stipulazione fatta a vantaggio di un terzo sia valida, in conformità dell'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*, e di quanto più sopra spiegammo, n.° 229 e seguenti. Imperocchè non essendo più allora proprietario del fondo, io non aveva interesse alla stipulazione; e stipulai effettivamente per altrui, contra la massima sancita dall' art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*

535. I giureconsulti romani avevano spinto sì oltre il rigore di questa regola, che sostenevano, che se dopo aver stipulato un dritto di servitù pel mio fondo, alienassi di poi una quota parte di questo medesimo fondo, per esempio la metà, prima che la servitù fosse stata esercitata e fosse così costituita (1), la stipulazione diveniva nulla, perchè la servitù, come cosa indivisibile, non poteva stabilirsi per parte, ed allora io non aveva interesse perchè lo fosse per lo intero: *corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit*; l. 11, ff. *de servitutibus*. In fatti io non poteva stipulare utilmente una servitù per un fondo che aveva comune con un terzo; l. 5, ff. *comm.*

---

(1) Ciocchè bisogna intendere così, giusta le regole della materia e specialmente giusta la l. 12 ff. *communia prædior. tam urb. quam rust.*, e la l. 25, ff. *de servit. præd. rust.*; imperocchè il fondo o parte del fondo, dominante o serviente, si trasmette col dritto o col peso della servitù stabilita, imposta realmente.

prædior. tam urb. quam rust. Ma queste opinioni non sarebbero ammesse nel nostro dritto, attesochè la stipulazione sarebbe valida anche per ciò che concernesse la quota del compratore nella parte del fondo, o del socio, come essendo la condizione di una stipulazione che facessi per me medesimo (art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*), avendo effettivamente interesse che la servitù sia acquistata da un fondo di cui son proprietario in parte, come il dicemmo nel tomo V, n.° 467 e 551. Ciascun socio può migliorare la cosa comune, e si reputa puranche aver a tal uopo ricevuto mandato dagli altri suoi socii.

536. I pesi imposti da un gravato di restituzione, sulle cose comprese nella sostituzione, non apportano alcun pregiudizio ai dritti de' chiamati (1). Avvien lo stesso di quelli imposti dall' usufruttuario (2); e *vice versa* quelli imposti dal proprietario non nuocciono all' usufruttuario (3).

Similmente i pesi imposti dall' erede sulla cosa legata, anche durante il tempo che la condizione sotto la quale fosse stato fatto il legato rimanesse ancora sospesa, non nuocciono al legatario. Essi avrebbero il loro effetto sol quando la condizione non si verificasse (4).

Avvien lo stesso di quelli che fossero stati imposti da un acquirente con patto di ricompra (art.

(1) *V.* tomo precedente, n.° 583 a 596.
(2) *V.* tomo IV, n.° 584, e tomo V. n.° 541.
(3) *V.* tomo IV, n.° 583 e 641.
(4) *V.* tomo precedente, n.° 306.

1664 e 1673 c. c. = *1510 e 1519 ll. cc.*), o da un donatario il cui diritto fosse rivocato (1); art. 952, 954 e 963 c. c. = *877, 879 e 888 ll. cc.*

537. Le convenzioni intervenute anche in una divisione tra gli eredi del debitore e del creditore rispetto al pagamento de' debiti o rispetto ai crediti, non arrecano pregiudizio alla divisione che ne fa la legge medesima tra essi nella proporzione delle loro parti creditarie (art. 1220 c. c. = *1173 ll. cc.*), e non possono per conseguenza nuocere ai terzi, nè esser loro opposte. Esse non producono che mandati di pagare, o cessioni di azioni, i cui effetti sono gli stessi che negli altri casi. La verità di questa dottrina fu dimostrata precedentemente, tomo VII, n.i 165, 429 e 519, ove ne facemmo una precisa applicazione che non contraria per nulla la regola sancita dall' art. 885 c. c. = *803 ll. cc.*, combinato colla disposizione dell' art. 832 c. c. = *751 ll. cc.*

538. Ove un minore o altro incapace prestò il suo consenso per una obbligazione con ipoteca sul tale suo immobile, ove questa obbligazione sia soggetta ad essere rescissa o annullata (2), ed il minore di età divenuto maggiore la ratifichi, la ratificazione non può nuocere ai terzi che acquistarono dritti in

---

(1) *V.* tomo VIII, n. 492, 535, 568 e 599.

(2) Ma, secondo la nostra opinione e quella di Toullier, il minore emancipato può validamente prestare il suo consenso per un' ipoteca per sicurezza di una valida obbligazione che lo riguarda, non ostante la generalità de' termini dell' art. 2124 c. c. = *2010 ll. cc.* *V.* a tal riguardo quanto dicemmo nel tomo III, n.° 673.

valido modo sull' immobile anteriormente alla ratificazione, abbenchè posteriormente alla costituzione d'ipoteca. Tal' è la disposizione finale dell'art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*, la quale richiede che la ratificazione non possa nuocere ai dritti già acquistati dai terzi nel tempo ch' essa ebbe luogo.

539. Del resto la règola che le convenzioni non hanno effetto se non tra le parti contraenti e loro eredi e aventi causa (art. 1122 e 1165 c. c. = *1076 e 1118 ll. cc.*), non osta che il fideiussore possa invocare il patto col quale il creditore fece rimessione del debito al debitore (art. 1287 c. c. = *1241 ll. cc.*); imperocchè è regola eziandio che il fideiussore non può dovere se non quando deve ancora il debitor medesimo: per cui la liberazione di questo produce quella del fideiussore.

E quando anche con una nuova convenzione il debitore rinunziasse al beneficio della rimessione, il fideiussore non potrebbe meno invocarla, se fosse convenuto dal creditore. È questa la precisa opinione del giureconsulto Furio Antiano nella l. 62, ff. *de pactis* (1).

540. Ma allorchè la rimessione di una parte del debito sia avvenuta con un accordo giudiziale, o siensi concedute dilazioni al debitore fallito, il fideiussore

(1) Paolo dice il contrario nella l. 27, § 2 del medesimo titolo. Cercarono taluni di conciliare queste due opinioni; Cuiacio specialmente suppone che nel caso di quest' ultima legge, il fideiussore acconsentì al secondo patto; ma tale conciliazione sembra divinatoria, giacchè non si fa menzione di questa circostanza. Potrebbe darsi che ciò fosse una opposizione di sette.

non rimane meno obbligato come se l'accordo non fosse avvenuto, attesochè la rimessione in questo caso non è volontaria, quando anche il creditore avesse aderito alla convenzione: essa ha avuto luogo soltanto per trarre il partito migliore dal credito. Del resto ritorneremo su questi punti nel parlare della rimessione, e nel trattar che faremo della fideiussione.

541. Abbenchè per massima chi non fu parte in un atto non ne possa invocare gli effetti, nondimeno i chiamati ad una sostituzione permessa ne profittano, sebbene non sieno stati parti nell'atto di donazione fatta col peso di conservare i beni e di restituirli ad essi, e quantunque non si qualifichino eredi del donatario gravato di restituzione. Anche in ciò consiste il principale vantaggio della disposizione, in quanto che in tal caso non sono essi tenuti de' debiti di quest' ultimo.

Avvien lo stesso in materia di donazione fatta per contratto di matrimonio di tutti o parte de' beni che il donante lascerà a morte sua: la donazione si presume fatta puranche a favore de' figli da nascere dal matrimonio, in caso di morte dello sposo donatario prima del donante (art. 1082 c. c. = *1038 ll. cc.*); e questi figli possono similmente, se ciò si avveri, rinunziare all' eredità del loro padre donatario, per dispensarsi dal pagarne i debiti, e reclamare i beni compresi nella donazione.

Questi punti furono bastantemente sviluppati nel tomo precedente.

542. Vi sono ancora altri casí in cui chi non fu parte in una convenzione può nondimeno trarne vantaggio, abbenchè non sia erede o avente causa propriamente parlando di chi fece tal convenzione. Noi li tratteremo a seconda che si presenteranno.

§ II.

I creditori possono sperimentare i dritti del loro debitore, eccettuati quelli che sono esclusivamente personali.

SOMMARIO.

543. *I nostri creditori possono sperimentare i nostri dritti, in nostro nome, eccettuati quelli che sono esclusivamente personali.*

544. *Esercitano i dritti pecuniarii, estimabili da loro stessi.*

545. *Quindi convengono validamente il debitore del loro debitore, in nome di costui, e fanno sequestri nelle sue mani: ma il prodotto dell' azione appartiene per massima ai diversi sequestranti o opponenti.*

546. *La priorità del sequestro non è una causa legittima di prelazione: antica giurisprudenza su tal punto.*

547. *Differenti casi in cui procediamo direttamente contra chi contrattò colla persona la quale contrattò con noi, ed in cui il prodotto dell' azione ci appartiene senza concorrenza cogli altri creditori del nostro debitore diretto ed immediato.*

548. *Un creditore può prendere iscrizione ipotecaria pel suo debitore.*

549. *Ed interrompere in costui nome una prescrizione.*

550. *Anche rivendicare un immobile posseduto da un terzo.*

551. *Intervenire in un giudizio.*

552. *Produrre opposizione, interporre appello, procedere per ricorso per ritrattazione, e produrre ricorso per cassazione.*

553. *Ma ciocchè è deffinitamente giudicato col debitore, si reputa giudicato coi suoi creditori, menochè la sentenza non sia stata prof.*

ferita per collusione, nel qual caso potrebbero impugnarla anche con opposizione di terzo.

554. *In nessun caso la sentenza pregiudica a coloro che avevano dritti reali sulla cosa per cui si procedeva nel momento della controversia, e che non vi furono parti nè chiamati.*

555. *I creditori di un erede possono domandare in suo nome la collazione de' coeredi.*

556. *Ed esercitare anche in suo nome, o nel loro, se rinunzii alla eredità, l' azione per riduzione delle liberalità eccessive, se abbia egli dritto ad una riserva.*

557. *Essi non possono per questo solo titolo procedere per la riparazione de' delitti commessi contra la persona del loro debitore, anche pe' danni ed interessi.*

558. *Diversamente sarebbe se fosse un delitto commesso sui beni.*

559. *In quai casi essi possono domandare, in nome del loro debitore, e come creditori, la rivocazione di una donazione fatta da costui.*

560. *I creditori della moglie non possono dimandare la separazione di beni senza il suo consenso.*

561. *I creditori di una donna maritata che contrattò senza essere autorizzata possono prevalersi della nullità della sua obbligazione, come quelli di un minore possono dimandare la rescissione della sua obbligazione, se vi sia luogo.*

562. *Possono prevalersi del mezzo emergente dalla violenza, dal dolo o dall' errore di cui è infetta l' obbligazione del loro debitore, salvo il caso di matrimonio.*

563. *Posson mai sperimentare un' azione per reclamo di stato?*

543. Dacchè non possiamo per regola profittare delle convenzioni non fatte da noi, non bisogna conchiudere che i nostri creditori non abbiano dritto d' invocare i contratti da noi fatti: essi il possono al contrario, sperimentando i nostri dritti a tal riguardo. Non procedendo che in nome del loro debitore, e non isperimentando se non i dritti che egli medesimo potrebbe sperimentare, essi lo rappresentano, e si

reputano di formare una sola e medesima persona con lui nell'esercizio di questi stessi dritti. In fatti tutti i beni del debitore sono la comune garantia de' suoi creditori (art. 2093 c. c. = *1963 ll. cc.*); quindi la regola non ammette eccezione che riguardo ai dritti esclusivamente personali, perchè questi dritti non fan parte de' beni: « Nondimeno, dice l'art. « 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*, i creditori possono eser- « citare tutti i dritti e tutte le azioni del loro de- « bitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente « personali. »

Importa dunque di ben distinguere queste due specie di dritti.

544. I primi sono i dritti pecuniarii (a) estima-

(a) I creditori esercitando i dritti del loro debitore, possono anche nel di costui nome deferire il giuramento, salvo al debitore, che dev' essere presente in giudizio, di contrastare la delazione di tale giuramento, come a lui pregiudizievole per aver altri elementi di pruova in sostegno del suoi dritti: *decisioni dei 22 marzo e 14 settembre 1832 della G. Corte civile di Napoli, nella causa tra* Cipullo, Giordano, Parlati, Arcuri e la Tesoreria Reale, *e nella causa tra il* comune di Capri e la marchesa Lotti.

La ripetizione dell' indebito compete non solo a colui che paga, ma a chiunque risente danno dal pagamento non dovuto: *adeoque non is semper agit, qui solvit, sed qui ex tali solutione læditur, qui tamen quasi contraxisse cum eo dici nequit:* l. 5, § 3, ff. *de obligat. et act.* I creditori potrebbero anche in nome del loro debitore agire coll' *azione in factum*, o *præscriptis verbis* contra l'erede del di costui debitore, laddove il dolo del defunto che non passa all' erede, abbia cagionato danno, o in mancanza dell' azione *vindicatoria*, per aver il defunto con dolo lasciato di possedere: l. 28, 29, ff. *de dolo mal.*, l. 5, 2, ff. *de rei vind.* Quindi Boemero *(de action., sect. II. cap. II. § 11.)* dice: *In factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti sunt.* In

bili, sia che consistano in dritti di proprietà, di usufrutto o di servitù, sia che consistano in semplici crediti contra terzi, o in interessi o azioni di società o compagnie di finanze o d'industria; in somma in tuttociò che fa parte del patrimonio del debitore, che ne aumenta il valore.

545. Quindi un creditore può in nome del suo debitore convenire in giudizio il costui debitore: ei fa ancora sequestri nelle mani di quest'ultimo, ed il prodotto dell'azione o del sequestro sarà considerato ritratto dal diretto debitore, aumentare la massa generale de' suoi beni, ed essere per conseguenza la comune garantia di tutti i suoi creditori, che se ne distribuiranno il prezzo per contributo se vi concorrano (art. 2093 c. c. = *1963 ll. cc.*), ammenochè non vi siano tra essi cause legittime di prelazione (*ibid.*), cioè privilegi o ipoteche; art. 2094 c. c. = *1964 ll. cc.*

546. Ma la priorità di sequestro non è una causa di prelazione sui sequestranti o opponenti posteriori che produssero le loro opposizioni nel termine utile per poter essere ammessi alla distribuzione del danaro. Questo termine non è stabilito in un modo preciso dal Codice di procedura; ma crediamo, giusta le diverse disposizioni di questo Codice, nel titolo *della distribuzione per contributo* e nel titolo *della graduazione*, che l'opposizione può essere pro-

vero molte azioni in *factum* poggiano sull'equità naturale, *quod nemo locupletior fieri debeat per injuriam cum damno alterius*, l. 32, ff. *de reb. cred.*, 44, ff. *de Regul. jur.* Trad.

dotta finchè il giudice commessario non abbia scritto lo stato di distribuzione, e chiuso il suo processo verbale; art. 663 e 778 *ibid.*=*746 e 861 ll. pr. civ.*

Anticamente e secondo il modo con cui eransi interpetrati gli art. 178 e seguenti della Consuetudine di Parigi, il primo sequestrante aveva il dritto di essere pagato a preferenza sul prodotto del sequestro, offrendo tuttavia ai sequestranti posteriori sicurtà di conferire in caso d' insolvibilità del debitore (1). Ma la nuova legislazione non istabilisce cosa alcuna di somigliante: essa non istabilisce altre cause di legittima prelazione che i privilegi e le ipoteche, ed in nessun modo, come tale, la priorità di sequestro.

547. Del resto in taluni casi il creditore può procedere in suo nome e direttamente contra colui col quale contrattò il suo debitore, e la sua azione ha lo stesso effetto come se egli medesimo avesse contrattato col terzo; in modo che non è obbligato di ammettere a partecipare del prodotto dell' azione o del sequestro gli altri creditori del suo immediato debitore.

In tal modo un subintraprenditore ha contra il proprietario che diede a fare i lavori un' azione sino alla concorrenza di quanto questi si trova in debito verso l' intraprenditore o operaio principale nel momento in cui l' azione viene intentata, e per ragione de' detti lavori; art. 1798 c. c.=*1644 ll. cc.*

Il subaffittuale è tenuto puranche verso il pro-

---

(1) *V.* il comento di Jousse, sopra questi articoli.

prietario della pigione convenuta nel subaffitto, di cui può esser debitore nel tempo del sequestro, senza che possa opporgli pagamenti fatti anticipatamente; art. 1753 c. c. = *1599 ll. cc.*

Ed il mandante può procedere direttamente contra colui che fu sostituito dal mandatario, sia che fu questi oppur no autorizzato a sostituirsi qualcuno nella sua amministrazione; art. 1994 c. c. = *1866 ll. cc.*

Il deponente ed il comodante hanno similmente azione contra colui al quale fu dato la cosa in deposito o in comodato dal depositario o dal comodatario per farsela restituire. Ed è generalmente così nei casi in cui il contratto di un altro concerne la nostra cosa (1).

548. Potendo un creditore sperimentare tutti i dritti del suo debitore, può per la stessa ragione prendere iscrizione ipotecaria per conservare i dritti di quest'ultimo, o rinnovare una iscrizione che è sul punto di perimersi, ed intervenire nel giudizio di ordine che sarà aperto contra il terzo; ma la somma per cui vien collocato è distribuita come cosa mobile tra i creditori iscritti o opponenti prima della chiusura del giudizio di ordine; art. 778 c. pr. = *861 ll. pr. civ.*

549. Può per la medesima ragione, in nome e come esercente i dritti del suo debitore, interrompere una prescrizione che decorre contra quest'ul-

(1) *V.* quanto più sopra fu detto, cap. II, sez. 1.ª, § 6, e soprattutto nel n.° 219 di questo paragrafo.

timo; e fare tutti gli altri atti conservatorii, le cui spese in generale gli saranno restituite secondo l'utilità degli atti che avrà fatto.

550. E se un terzo fosse in possesso di un immobile appartenente al mio debitore, o sul quale pretendessi che questi abbia diritti, potrei puranche sperimentarne la rivendicazione, agendo in nome di quest' ultimo; salvo al terzo di prevenire la mia azione o di arrestarne il corso, se così gli piacesse, rendendomi senza interesse col pagamento del mio credito.

551. Posso puranche intervenire, ma a mie spese, in una lite pendente tra il mio debitore ed un terzo per opporre in suo nome la prescrizione da lui acquistata, ed alla quale io temo che non rinuncii per iscrupoli di coscienza, o per altri motivi. Io posso eziandio opporla ancorchè egli formalmente vi rinunzii (art. 2225 c. c. = *2131 ll. cc.*); salvo all'altra parte, come si è detto, di pagarmi l'importare del mio credito, e rendermi in tal modo senza interesse ad opporre un mezzo che il suo avversario non crede opportuno di addurre, ma al quale non può rinunziare in mio pregiudizio.

552. Per effetto della medesima regola i creditori di un individuo condannato in una causa d'interesse pecuniario ed estimabile, possono in suo nome, e come esercente i suoi dritti, impugnare la sentenza per tutte le vie che può prendere egli stesso: come l'opposizione, l'appello, il ricorso per ritrattazione e quello per cassazione, supponendo per con-

seguenza che siasi ancora nel termine utile per procedere nell'uno o nell'altro di questi modi.

553. Ma non possono impugnare una sentenza che ha acquistato la forza di cosa giudicata, se non per le vie straordinarie che rimanessero ancora al debitore. Essi non hanno la via dell'opposizione di terzo, attesochè non l'ha egli stesso, e tuttociò che vien giudicato con lui si reputa giudicato con essi, poichè non hanno che i suoi dritti.

Nonpertanto se vi fosse stata collusione tra lui e l'altra parte, allora non sarebbe più vero il dire che sieno stati rappresentati nel giudizio da colui che volle loro far frode; e se la sentenza fosse passata in cosa giudicata, potrebbero impugnarla con opposizione di terzo come non essendovi stati rappresentati. Anticamente così giudicavasi (1), ed è tale la comune opinione.

554. In nessun caso del resto la sentenza potrebbe nuocere a coloro i quali già al momento della controversia avevano dritti reali sull'oggetto della lite, e che non fossero stati nè parti nè chiamati nel giudizio; art. 1351 c. c. = *1305 ll. cc.* Tanto sarà da noi spiegato trattando dell'autorità della cosa giudicata.

555. I creditori di un erede possono chiedere in suo nome la collazione che i suoi coeredi gli dovessero. L'art. 857 c. c. = *776 ll. cc.* vieta soltanto

(1) Si trova nel *Giornale delle udienze* una decisione del 22 febbraro 1701 che pronunziò in tal senso.

ai legatarii ed ai creditori della successione di dimandarla (1).

556. Possono puranche dimandare la riduzione delle donazioni o de' legati eccessivi per completare la riserva che fosse dovuta al loro debitore (a). Imperocchè questa riserva è un dritto pecuniario, abbenchè questo dritto derivi dalla qualità della persona rispetto al defunto. Se l'erede avesse rinunziato alla eredità, essi dovrebbero farsi autorizzare ad accettarla in suo nome e luogo, sino alla concorrente quantità de' loro crediti (art. 788 c. c. = *705 ll. cc.*), a fin di poter esercitare l'azione di riduzione in nome del loro debitore (2). Infatti presentemente è massima certa che per aver dritto ad una riserva, fa d'uopo essere erede (3); or in tal caso non esercitando i creditori che i dritti del loro debitore, convien dunque ch'essi assumano la qualità in virtù della quale soltanto potrebbe egli stesso produrre questa dimanda per riduzione.

---

(1) *V.* tomo VII, n.° 267.

(2) *V.* tomo VII, n.° 510 e seguenti, e tomo VIII, n.° 322.

(a) Quindi i creditori di un coerede potrebbero, secondo i principii desunti dalle leggi 37, §, 6, ff. *de legat.* 3; 27, ff. *de probat.*, impugnare le dichiarazioni di debito racchiuse in un testamento, come indirette, o eccessive largizioni fatte in pregiudizio degli altri coeredi. E possono chiedere di porsi in collazione le largizioni simulate, competendo questo dritto indubitatamente al coerede debitore. All' oggetto puossi osservare la decisione dei 25 febbraio 1815 della 2.ª camera dell' abolita Corte di appello di Napoli nella causa tra *Raffaniello* e *Raffaniello*, nella quale si trattano diversi argomenti di atti simulati, che si fecero in frode dei dritti di legittima spettanti agli eredi. Trad.

(3) *V.* tomo VIII, n.° 291, 299 e 321; e tomo VII, n.° 257.

557. Circa ai dritti esclusivamente personali, i creditori non possono pretendere di esercitarli.

Così, abbenchè un terzo avesse commesso un delitto verso la persona del debitore, per esempio, per ingiurie, calunnie, vie di fatto, i suoi creditori non avrebbero qualità per procedere a questo solo titolo contra l'autore del fatto, anche per ottenere semplicemente i danni ed interessi che potrebbero esser dovuti al loro debitore per ragione del pregiudizio che il delitto gli avesse cagionato. Imperocchè i danni ed interessi, o riparazioni civili, in questo caso, provvengono da un fatto esclusivamente personale, poichè soltanto la persona fu lesa, e se le sue sostanze potettero soffrire qualche lesione dal delitto, ciò non fu che indirettamente ed in modo lontano. Non agendo il debitore, si reputa per questa medesima ragione rimettere o perdonare l'ingiuria fattagli, o non esserne stato offeso.

558. Diversamente sarebbe se il delitto fosse stato commesso riguardo ai suoi beni; per esempio, se fosse un furto, un incendio della sua proprietà: i suoi creditori, interessati alla conservazione di questi medesimi beni, i quali formano la loro generale garentia, potrebbero esercitare in suo nome le azioni per riparazioni civili ch'egli non curasse d'intentare, agendo a tal riguardo secondo le vie che potrebbe prendere il debitore medesimo, e nei termini di dritto.

559. Giusta la regola sulla quale poggia questa distinzione, tra i fatti che concernono la persona

del debitore, e quelli che concernono i suoi beni, devesi dire che i creditori non possono dimandare la rivocazione di una donazione per causa d'ingratitudine del donatario, abbenchè con quest' azione i beni donati rientrano nel patrimonio del donante, e l'aumentano. Imperocchè il donante può rimettere l'ingiuria a lui fatta, e subitochè egli non procede, si reputa perdonarla, o non esserne stato offeso. Mentrechè potrebbero senza dubbio esercitare in nome del loro debitore l'azione per rivocazione di una donazione per causa d'inadempimento delle condizioni sotto le quali si fosse fatta (1); ed anche se la donazione fosse stata rivocata per sopravvegnenza di figli, siccome i beni sarebbero rientrati di pieno dritto in potere del donante (art. 960 e 963 c. c. = *885 e 888 ll. cc.*), i creditori potrebbero procedere direttamente sopra questi come sopra gli altri beni del loro debitore, farli pignorare e vendere, senza precedente dimanda per rivocazione.

Se per sostenere che i creditori possano esercitare l'azione di rivocazione di una donazione per causa d'ingratitudine, si obbiettasse che questo dritto non è esclusivamente personale, poichè, giusta l'art. 957 c. c. = *882 ll. cc.*, gli eredi del donante possono esercitarla, qualora sia morto nell'anno del delitto, risponderemmo che la legge considera qui gli eredi del donante come formanti una sola e medesima persona con lui, e per tale ragione riconosce in essi il

(1) *V.* tomo VIII, n. 540 e 561.

medesimo dritto. Ma i creditori sono tutt' altro: quando il donante non procede, si presume rimettere l' ingiuria. E fu sempre riconosciuto che la rimessione dell' offesa estingueva l' azione di rivocazione per causa d' ingratitudine, del pari che le altre azioni, le quali hanno la medesima causa o il medesimo fondamento (1).

Del resto il Codice civile innovò le antiche regole, permettendo agli eredi del donante d' *intentare* l' azione di rivocazione per causa d' ingratitudine; imperocchè quest'azione, come le altre azioni per ingiuria, si estinguevano una volta colla morte del donante non che colla morte del donatario: soltanto se essa fosse già intentata dal donante, i suoi eredi potevano continuarla in virtù della regola *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent*; l. 139, ff. *de regul. juris* (2). Ma non s' intese con ciò che i creditori del donante il quale si tace possano presentarsi a dimandare una rivocazione per un'ingiuria di cui egli non si duole.

Tuttavolta se avendola già intentata egli stesso nel termine utile, morisse durante la procedura, non solo i suoi eredi potrebbero continuarla, uniformemente all' art. 957 c. c. = *882 ll. cc.*, ma il po-

---

(1) *V.* Ricard. *delle Donazioni*, parte III, n.° 730; Rousseau de Lacombe, v. *Donazione*, sez. 3, n.° 1; la l. 11, § 1. ff. *de injuriis et famosis libell.*; e § *ult.* Iustit. *de injuriis.*

(2) *V.* quanto dicemmo su questa causa di rivocazione delle donazioni, tomo VIII, n.° 554 a 572 inclusivamente.

trebbero ancora i suoi creditori; giacchè ora l'azione farebbe parte del patrimonio, o della successione, per lo solo fatto ch' essa fu esercitata. Per tal motivo appunto nelle antiche regole essa poteva essere continuata dagli eredi. Vero è che nel dritto romano si fingeva per l'oggetto una specie di novazione dell' azione, operata colla contestazione della lite, e che nel nostro dritto francese simile novazione non si suppone; ma noi non abbiam bisogno di siffatta finzione per sostenere la medesima cosa, poichè, giusta il precitato art. 957, abbenchè il donante fosse morto dopo l' anno del commesso delitto, i suoi eredi continuerebbero tuttavia l'azione da lui intentata nell'anno, mentrechè se non l'avesse intentata, non potrebbero esercitarla essi medesimi: lo che è una pruova ben evidente che il dritto per essi si perpetuò. Or non potè perpetuarsi che come un dritto facente parte della eredità, e da cui per conseguenza i creditori possono trarre vantaggio per lo pagamento de' loro crediti. Non puossi dire in tal caso, che il donante rimise l' ingiuria, come nel caso precedente, poichè al contrario aveva dimandato la rivocazione per questa causa.

560. I creditori personali della moglie non possono, senza il suo consenso, dimandare la separazione de' beni; art. 1446 c. c. = *1410 ll. cc.*

Questo dritto è esclusivamente personale alla moglie.

Nondimeno, in caso di fallimento o di prossima decozione del marito, possono valersi delle ragioni

della loro debitrice sino alla concorrenza della somma de' loro crediti; *ibid.*

561. I creditori della donna maritata che si è obbligata senza essere debitamente autorizzata, posson mai prevalersi della nullità della sua obbligazione?

Discutemmo tale quistione nel tomo II, n.° 512, ove la risolviamo a favore de' creditori, contra l'opinione di Toullier. A parer nostro, il dritto di domandare la nullità non è del numero de' dritti esclusivamente personali, poichè passa agli eredi de'coniugi. Dicendo l'art. 225 c. c. = *214 ll. cc.* che la nullità fondata sulla mancanza d'autorizzazione non può essere apposta se non dalla moglie, dal marito o loro eredi, non intese imprimere tal caratteristica a quest' azione; volle soltanto rendere relativa alla moglie, al marito o a' loro eredi una nullità che anticamente era assoluta, e poteva invocarsi tanto da chi aveva contrattato colla moglie o che erasi renduto risponsabile per lei, quanto dalla moglie medesima. Questo articolo fu conceputo nel medesimo spirito dell'art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.*: la discussione elevata in sua occasione fa fede della verità di tale assertiva e neanche lascia alcun dubbio sulla sua esattezza. No, non fu nella mente dei compilatori del Codice di rendere il mezzo di nullità desunto dalla mancanza di autorizzazione, sì esclusivamente personale nel senso dell' art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*, che i creditori della moglie non potessero invocarlo: essi esercitano i suoi dritti estimabili, pecuniarii, e quello di che si tratta è

evidentemente relativo ai beni: dunque possono fare ciocchè potrebbe fare essa medesima; salvo all'altra parte di escluderli soddisfacendoli, o provando che la moglie profittò del contratto.

L'art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.* considera l'eccezione della minore età come *meramente personale*; è questa la qualificazione datale, ciocchè sicuramente è assai più espressivo del testo del suddetto art. 225, specialmente allorchè si confrontino queste parole coll'art. 1166 c. c. = *119 ll. cc.*, il quale vieta ai creditori di esercitare i dritti che sono *esclusivamente personali*. Or si oserebbe mai sostenere che i creditori di un minore leso in un contratto non possano prevalersi del mezzo di nullità o di rescissione? Ma è evidente che questo art. 2012 non considera la eccezione della minore età come puramente personale, se non per distinguerla dalle eccezioni reali, le quali eccezioni può invocare il fideiussore al pari del debitore medesimo. Tanto altronde vien chiaramente stabilito dall'art. 2036 c. c. = *1908 ll. cc.* del medesimo titolo. In generale un dritto trasmessibile agli eredi non è un dritto esclusivamente personale, abbenchè possa altronde esserlo sotto certi rapporti, cioè nel senso che persone diverse dalla parte non possono prevalersene, per esempio coloro che si resero risponsabili per essa, che le fecero da fideiussori. E certamente l'azione per nullità che ha il minore passa a' suoi eredi, del pari che quella che ha la moglie passa ai suoi. Queste azioni non sono dunque

dritti esclusivamente personali, nel senso dell' art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*; per cui possono sperimentarsi dai creditori.

Giusta la finale disposizione dell' art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*, la ratificazione o esecuzione volontaria di un' obbligazione contro la quale la legge ammetteva l' azione per nullità o per rescissione non arreca alcun pregiudizio ai dritti acquistati dai terzi nel momento in cui questa ratificazione ebbe luogo, abbenchè l' acquisto di tali dritti fosse posteriore all' obbligazione ratificata (1). Siffatta disposizione si applica a qualsivoglia obbligazione capace di essere annullata o rescissa, poichè non fa alcuna distinzione; si applica per conseguenza alle obbligazioni delle mogli non autorizzate, o de' minori. Or se la ratificazione data dalla moglie coll' autorizzazione del marito, o dopo la costui morte, non può nuocere ai terzi che hanno acquistato dritti sui medesimi beni, per esempio dritti d' ipotéca, di servitù, è evidentemente perchè il mezzo di nullità non era un dritto esclusivamente personale della moglie, poichè altrimenti questi terzi non potrebbero dolersi della rinunzia da lei fattavi ratificando, ed essi non avrebbero perciò la facoltà, che vien loro nondimeno formalmente accordata da questo articolo, di non ammettere la ratificazione per tuttociò che può aver di contrario ai loro dritti.

(1) Ciocchè bisogna puranche supporre perchè la disposizione abbia un senso ragionevole, e produca qualche effetto.

Quindi sotto tal rapporto è indubitato che i creditori di una donna maritata che si è obbligata senza essere debitamente autorizzata, o di un minore che sia stato leso, possono esercitare il dritto che ha questa donna o questo minore di domandare la nullità della sua obbligazione, quando anche il loro debitore non lo facesse, quando anche rinunziasse espressamente a farlo. Debbe avvenire di tal mezzo come di quello della prescrizione, che i creditori possono opporre abbenchè il debitore vi rinunzii; art. 2225 c. c. = *2131 ll. cc.*

Ma è chiaro tuttavia che coloro i quali non fossero divenuti creditori che posteriormente alla ratifica, non potrebbero dire che essa fu fatta in lor pregiudizio; ed anche quella che fosse stata fatta dopo di essere divenuti essi creditori, in tempo di capacità ed in buona fede, sarebbe considerata per riguardo ad essi come un nuovo contratto, come valente *ut ex tunc*; in conseguenza colui a favor del quale essa fu fatta sarebbe considerato puranche come creditore, poichè sebbene io abbia debiti, nulla m' impedisce di contrarne altri, e purchè essi non sieno simulati, i nuovi creditori hanno il dritto di concorrere sul prodotto de' miei beni cogli antichi, salvo le cause di legittima prelazione; art. 2093 c. c. = *1963 ll. cc.* Ma la ratifica non può apportare alcun pregiudizio ai dritti reali acquistati da terzi sopra i medesimi beni anteriormente ad essa; quantunque posteriormente all'obbligazione ratificata. Del resto noi ritorneremo su questi punti, quando

tratteremo della conferma degli atti annullabili o rescindibili.

562. I creditori posson mai allegare il mezzo di violenza, di errore o di dolo che potrebbe invocare il loro debitore?

In materia di matrimonio soltanto lo sposo violentato o indotto in errore (sulla persona) ha il dritto di domandare la nullità del matrimonio; art. 180 c. c. (1). Ma negli altri casi gli eredi della parte che soffrì la violenza, o che errò sulla sostanza della cosa la quale forma la materia del contratto, o che fu circonvenuto ed ingannato, possono dimandare la nullità del contratto, se sieno ancora nel termine utile e se il loro autore non ratificò; imperocchè il dritto di domandare questa nullità non è un diritto esclusivamente personale, poichè è essenzialmente relativo ai beni. Per conseguenza nel caso in cui il debitore fosse morto senz' aver fatto pronunziare la nullità, e la sua eredità non fosse bastante a pagare i suoi debiti, i creditori avrebbero il dritto di domandare l'annullamento di questo atto acconsentito per errore, dolo o violenza; e lo potrebbero puranche durante la sua vita, abbenchè egli si tacesse sul vizio dell' atto.

In vano direbbesi che egli solo ha saputo o sa se sia stato violentato o ingannato, o se vi sia stato errore da sua parte, e che essendosi egli taciuto o tacendosi, questo silenzio dev' essere interpetrato a

(1) *V.* tomo II, n.° 270.

favore dell'atto. Questo ragionamento non è niente meno che concludente, perchè noi ragioniamo nella supposizione che, sia gli eredi, sia i creditori, quelli che impugnano l'atto provano chiaramente che esso sia infetto del vizio che gli appongono. Le azioni di nullità per violenza, dolo o errore, ne' contratti ordinarii, potettero sempre essere sperimentate dagli eredi, e le eccezioni nate da questi vizii essere da essi opposte; per la medesima ragione i creditori possono ugualmente allegarle, poichè possono esercitare tutti i dritti del loro debitore, eccettuati quelli che sono esclusivamente personali: or queste azioni ed eccezioni, lungi di essere esclusivamente personali, sono al contrario essenzialmente relative ai beni. Mentrechè il matrimonio produce dritti ed obbligazioni essenzialmente personali; per cui sembrò ragionevole non ammettere se non lo sposo violentato o indotto in errore a dimandarne la nullità per queste cause.

563. Circa alla quistione se i creditori di un individuo potessero esercitare in suo nome un'azione di reclamo di stato, noi la discutemmo nel tomo III, n.° 160, ove citiamo a tal proposito le parole di d'Aguesseau, il quale esponendo le gravi obbiezioni che si potrebbero elevare contra il suo parere, fu nondimeno di avviso dell'affermativa in una causa in cui prese la parola, ma in cui vi erano particolari circostanze. A creder nostro, un vero richiamo di stato (perchè il figlio non sarebbe in possesso del suo stato) è un dritto della natura di quelli

che sono esclusivamente personali nel senso dell'art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*, cioè del numero di quelli che i creditori non possono esercitare, abbenchè gli eredi del figlio che non reclamò possano anche essi farlo nei casi preveduti dalla legge; art. 329 e 330 c. c. = *251 e 252 ll. cc.* Indubitatamente possono essere inerenti dritti pecuniarii allo stato della persona, ed è quasi sempre così; ma questi dritti non sono che un oggetto indiretto del richiamo di stato, una semplice conseguenza dello stato medesimo, ch'è un dritto personale, un dritto inalienabile, imprescrittibile; caratteristiche assolutamente differenti dalle caratteristiche che hanno i dritti i quali riguardano direttamente i beni, o che vi hanno rapporto.

§ III.

Del dritto che hanno i creditori d'impugnare in loro nome personale gli atti fatti dai loro debitori in frode delle loro ragioni.

SOMMARIO.

564. *I creditori possono in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode de' loro dritti.*

565. *Nel dritto romano, essi avevano per tale oggetto l'azione chiamata* Pauliana.

566. *L'art. 1167 c. c. non contiene a tal riguardo che una regola generale; ma il Codice di commercio ha molte disposizioni speciali riguardanti tale oggetto.*

567. *Lo stesso Codice civile ne contiene ancora talune altre colle*

564. Non solamente i creditori possono esercitare tutti i dritti del loro debitore in di costui nome, eccettuati quelli che sono esclusivamente personali (art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*), ma possono puranche impugnare in loro proprio nome quelli da lui accordati in frode de' loro dritti; art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.* Debbono nondimeno circa ai dritti enunciati nel titolo *delle successioni* e nel titolo *del contratto di matrimonio e de' dritti rispettivi degli sposi*, conformarsi alle regole che ivi sono prescritte (1); *ibid.*

---

(1) *V.* tomo VI, n.° 510 e seguenti, e tomo VII, n.° 504 e seguenti.

565. Sopra siffatta regola era appunto fondata nel dritto romano l'azione rivocatoria, altrimenti detta azione ***Pauliana***, così chiamata dal pretore Paolo che l'aveva stabilita col suo editto, e di cui si rinvengono le regole e gli effetti nel titolo del Digesto, ***quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*** (1).

566. L'art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.* non contiene riguardo agli atti fatti in frode de' creditori che una regola generale, la cui applicazione è lasciata alla saggezza de' tribunali, e dipende per conseguenza dai fatti e dalle circostanze della causa.

Ma il Codice di commercio, ne' suoi art. 443 e seguenti = *435 ll. ecc. com.*, sancisce molte precise disposizioni, in cui la nullità degli atti ivi preveduti non è lasciata alla saggezza del magistrato, ma risulta al contrario dal solo fatto che l'atto fu formato nella tale determinata circostanza. È dessa una nullità di dritto.

567. Lo stesso Codice civile ne contiene similmente alcune, secondo le quali i creditori possono procedere, anche in loro proprio nome, per far annullare l'atto fatto dal loro debitore, senza essere anche tenuti a provare che volle ad essi far frode: basta soltanto che egli abbia loro arrecato danno con questo atto. Tale è il caso in cui il debitore rinunziò in lor *pregiudizio* ad una eredità a lui pervenuta, nel qual caso essi possono, in virtù

(1) Nel Codice sotto quello *de revocandis his quæ in fraudem creditorum alienata sunt*, e nelle Instituta, § 6, *de actionibus*.

dell' art. 788 c. c. = *705 ll. cc.*, impugnare la rinunzia, e farsi autorizzare giudizialmente ad accettare la eredità sino alla concorrente quantità de' loro dritti. Tal' è il caso puranche in cui un usufruttuario rinunziò, in *danno* de' suoi creditori, al suo dritto di usufrutto (art. 622 c. c. = *547 ll. cc.*), e quello in cui un gravato di restituzione fece l'abbandono anticipato del suo godimento in pregiudizio de' suoi, il cui dritto esisteva al tempo dell'abbandono; art. 1053 c. c. = *1009 ll. cc.* (1).

568. Ma circa agli atti a titolo oneroso, e fuori i casi in cui la legge con una speciale disposizione annullasse l' atto per essere stato fatto nella tale o tal' altra circostanza, è regola che i creditori non possono impugnare questi atti se non quando fossero stati fatti in frode de' loro dritti, cioè colla mira di lor nuocere, ed il debitore avesse loro effettivamente nociuto con questi medesimi atti.

In effetti l' art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.* parla positivamente degli atti fatti in *frode* de' dritti dei creditori, e non soltanto di quelli che lor potrebbero arrecar danno.

L' art. 447 c. com. = *439 ll. ecc. com.* parla puranche degli atti fatti in frode de' dritti de' creditori, e questo articolo è messo per opposizione a molti altri che lo precedono, nei quali gli atti potettero loro arrecar danno, ed in cui nondimeno i cre-

(1) Parlammo di questi diversi casi nel tomo IV, n.° 698 e seguenti; tomo VI, n.° 510 e segu.; tomo VII, n.° 345 e segu.; e tomo IX, n.° 605 e segu.

ditori non possono farli annullare se questi medesimi atti non sieno fraudolenti. Tal'è specialmente l'art. 444 c. com. = *436 ll. ecc. com.*, il quale nella sua seconda disposizione non autorizza i creditori a dimandare la nullità degli atti traslativi di proprietà di beni stabili a titolo oneroso, fatti nei dieci giorni che precedettero l'apertura del fallimento, se non quando questi atti presentassero ai giudici caratteri di frode. Tuttavolta è ben evidente che tali medesimi atti possono cagionare un *danno* ai creditori, poichè il debitore forse già ricevè e dissipò, o distornò, il prezzo delle alienazioni.

L'art. 445 c. com. = *437 ll. ecc. com.* stabilisce vieppiù chiaramente, se è possibile, questa dottrina, dicendo: « Qualsivoglia atto o obbligo per « fatto di commercio, contratto dal debitore ne' dieci « giorni che precedono l'apertura del fallimento si « presume fraudolento dalla parte del fallito; ed è « nullo, allorquando è provato che *vi è frode dalla* « *parte degli altri contraenti.* »

Tal'era, come il dimostreremo, il sistema generale del dritto romano, il quale richiedeva che i creditori non potessero anche impugnare le donazioni, se non quando il donante le aveva realmente fatte di mala fede, e loro arrecato con esse effettivamente un danno. Ma esamineremo se appo noi debbe essere lo stesso circa a tal punto in queste specie di atti.

569. I creditori neanche potevan mai dolersi della rinunzia che il loro debitore aveva fatto ad una

eredità a lui devoluta, o ad un legato o ad un fedecommesso a lui lasciato; e ciò ancorchè egli fosse stato insolvibile nel momento della rinunzia, ed avesse perfettamente conosciuto l' attuale posizione de' suoi affari. I giureconsulti romani non avevano scorto in queste rinunzie che una occasione mancata di acquistare, la semplice omissione di un mezzo di arricchirsi, e non un' alienazione; ciò non sembrava ad essi una diminuzione del patrimonio del debitore (1). Essi risolveano così puranche riguardo all' erede *suo* che si asteneva dalla eredità paterna (2), abbenchè questo erede fosse erede di pieno dritto, come si è nel dritto francese, in virtù della massima *il morto impossessa il vivo.*

570. Nella nostra giurisprudenza noi non ammettemmo siffatta dottrina: subitochè un erede o un legatario insolvibile rinunzia in *pregiudizio* de' suoi creditori alla eredità che gli è deferita o al legato che gli fu fatto, essi possono impugnare la sua rinunzia sino alla concorrente somma de' loro crediti, senza neanche essere tenuti, come il dicemmo, a provare che egli agì per frodarli, e senza che del pari fosse ammessa la contropruova per far rigettare la loro dimanda. Essi devono provare soltanto il danno lor cagionato dalla rinunzia, cioè che il debitore era allora insolvibile, e ch' egli abbia tolto, facendola, il mezzo che aveva di adempiere alle sue obbligazioni verso di essi. Imperocchè è chiaro che

(1) L. 6, ff. *quæ in fraudem credit.*
(2) *V.* tomo VII, n.° 316.

se fosse stato solvibile al tempo della rinunzia, o di qualunque altro atto, e non avesse cessato di esserlo coll' atto medesimo, siccome i creditori non avrebbero potuto allora dolersene, gli avvenimenti posteriori, che l' avessero renduto insolvibile in tutto o in parte, non potrebbero autorizzarli a dimandarne la nullità; perchè in fatti non solo questo atto non sarebbe stato fatto in *frode* de' loro dritti, ma neanche sarebbe stato fatto semplicemente in loro *pregiudizio*. In vano essi pretenderebbero che senza l' atto il debitore avrebbe forse presentemente nei suoi beni cose che non vi sono, e che in tal modo, quantunque questo atto non possa dirsi fraudolento, nondimeno coll' evento ha loro arrecato realmente danno. Se tal linguaggio dovesse ascoltarsi, nessuno vorrebbe contrattare, per timore che colui col quale si contrattasse, e che avesse allora debiti, divenisse in appresso insolvibile. In tal modo si potrebbe risalire ad atti antichissimi, fatti ad un' epoca in cui il debitore era nulladimeno perfettamente solvibile, e non vi sarebbe più sicurezza nelle convenzioni.

571. Tuttavolta avvi un caso in cui, abbenchè il debitore fosse perfettamente solvibile nel momento dell' atto e non fosse cessato di esserlo coll' atto stesso, vi sarebbe luogo nondimeno alla nullità nell' interesse de' creditori; è questo il caso preveduto dall' art. 444 c. com. = *436 ll. ecc. com.*, secondo il quale: « Qualsivoglia atto traslativo di proprietà « di beni stabili, fatto dal fallito a titolo gratuito « ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fal-

« limento, è nullo e senza effetto relativamente alla « massa de' creditori. » In guisachè se dopo aver fatto una donazione d' immobili, il donante, abbenchè allora solvibilissimo, soffrisse di poi perdite che l'obbligassero a mancare alle sue obbligazioni ed a depositare il suo bilancio, per esempio per effetto di un fallimento, e l' apertura del suo fosse dichiarato risalire ad un' epoca che non fosse posteriore di più di dieci giorni alla donazione, questa donazione non sarebbe meno nulla e senza effetto per riguardo alla massa de' creditori, abbenchè il donante l' avesse così fatta in un tempo in cui era solvibile, ed essa nol facesse cessare di esserlo. Ma egli è perchè la legge in questo caso stabilisce a favore de' creditori una presunzione avverso la quale non si riservò contropruova alcuna, ciocchè rende applicabile la regola sancita dall' art. 1352 c. c. = *1306 ll. cc.*, così conceputo : « Non è ammessa veruna pruova « contra la presunzione della legge, quando sul « fondamento di tal presunzione essa annulla taluni « atti, o nega l' azione in giudizio ; purchè la leg« ge non abbia riservato la pruova in contrario, e « salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla con« fessione giudiziale della parte. »

572. Oltre la disposizione che non permetteva ai creditori d' impugnare le rinuncie fatte dal debitore alle eredità che gli fossero devolute ed ai legati e fedecommessi che erangli stati lasciati, il dritto romano, come lo abbiam detto più sopra, voleva che i creditori non potessero impugnare gli altri atti,

anche quelli fatti a titolo meramente gratuito (a), se non quando il debitore gli avesse fatti in frode de' loro dritti, con intenzione di nuocere ad essi, e loro aveva nociuto in fatti, cessando con questi atti di essere solvibile in tutto o in parte. Vi bisognava, come dicevano i giureconsulti, *consilium et eventus* (1). Da ciò sorgevano le seguenti conseguenze:

1.° Se il debitore al momento in cui faceva una donazione credeva effettivamente di avere ancora tanto nel suo patrimonio da adempiere alle proprie obbligazioni, prescindendo dalla cosa donata, la

(a) Si richiedeva generalmente, ai termini della legge 1, ff. *quæ in fraud. credit.*, che chi riceveva dal debitore avesse scienza della frode che facevasi ai creditori, menochè la cosa non si fosse ricevuta a titolo lucrativo, nel qual caso, secondo il rescritto di Diocleziano e Massimiliano contenuto nella legge 5 *Cod. de revocand. his quæ in fraud. cred.*, non richiedevasi siffatta scienza. In questa legge dicesi: *Per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparaverit, et eum qui ex lucrativo titolo possidet, scientiæ mentione detracta; creditoribus esse consultum.* Trad.

(1) Nondimeno la regola *nemo liberalis, nisi liberatus*, riceverà la sua intera applicazione ai casi di donazioni a causa di morte, di legati e fedecommessi, anche ai casi della libertà data agli schiavi, comunque degna di favore fosse la manomissione. La volontà del donante o testatore non poteva pregiudicare ai dritti de' creditori, i quali erano sempre pagati in preferenza de' donatarii a causa di morte, de' legatarii e fedecommessarii, e prima che gli schiavi fossero manomessi, ammenochè costoro non dessero cauzione per essere risponsabili del pagamento de' debiti; l. 6, § *penult.*, ff. *quæ in fraudem cred.*; l. 1, § 1, ff. *si quid in fraud. patroni*; *l. ult.*, *Cod. qui manomitt. non poss.*; e § *ult.*, Instit. *de lege falcidia.*

Appresso noi puranche in tutti i casi i creditori sono pagati in preferenza de' legatarii. *V.* tomo VIII, n.° 323.

donazione non era meno inimpugnabile, quantunque al momento ch'era stata fatta, il donante, per conseguenza di perdite ch'erangli allora ignote, a cagion d'esempio per effetto della perdita di un ricco caricamento, ch'egli ignorava, non aveva più come far fronte alle sue obbligazioni.

2.° Se al contrario facendo la donazione avesse creduto che cessava con ciò di essere solvibile, mentrechè lo era ancora, l'insolvibilità sopraggiunta dopo non autorizzava i creditori a far rivocare l'atto. Vieppiù se era ancora solvibile al momento in cui i creditori procedevano, poichè i medesimi non avevano allora interesse ad impugnar gli atti.

3.° Parimenti i creditori, prima di potere far pronunziare la rivocazione degli atti, anche delle donazioni, erano tenuti ad escutere il debitore nei suoi beni (a); e ciò sarebbe similmente necessario nel nostro dritto se i terzi lo richiedessero. E siccome in questo caso la escussione del debitore non sarebbe un beneficio o un favore della legge, come lo è in quello della fideiussione (art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.*); siccome sarebbe semplicemente il mezzo di stabilire che il debitore abbia frodato i suoi creditori, o in altri termini, che costoro sono nel caso preveduto dalla legge per impugnare i suoi atti, i terzi, diciam noi, non sarebbero obbligati di adempiere alle obbligazioni imposte al fideiussore dall' art. 2023 c. c. = *1895 ll. cc.*

(a) Vinnio *in* § *6, Instit. de action.* Perezio *in Cod. tit. de revocandi his, quæ in fraud. cred.*, n.° 71. Trad.

4.° Risultava pure dalla medesima regola che ai soli creditori che aveva il debitore al momento degli atti competeva il dritto d' impugnarli; talmentechè, quando anche facendo il tale atto egli avesse saputo che pregiudicava il tale creditore cessando con ciò di essere solvibile a suo riguardo, se lo avesse nondimeno pagato, e di poi avesse contrattato con altra persona, senza intendere di frodarlo, questo secondo creditore non poteva impugnare simile atto; giacchè non era stato fatto in frode de' suoi diritti. Avrebbe potuto nondimeno impugnarlo, se il primo creditore fosse stato pagatò col suo danaro.

Tutta questa teorica risulta positivamente dalla l. 1.ª *princip.*; l. 10, § 1, ll. 15 e 16 del titolo *quæ in fraudem creditorum facta sunt* nel Digesto.

573. L' art. 1053 c. c. = *1009 ll. cc.* riserva benanche ai soli creditori anteriori all' abbandono anticipato che il gravato abbia fatto del suo godimento, e che loro pregiudica, il dritto d' impugnare questo abbandono, giacchè in fatti pregiudica realmente ad essi soltanto. È questa pure una regola generalmente applicata, salvo nondimeno il caso di donazione d' immobili fatta entro i dieci giorni anteriori all' apertura del fallimento del debitore, donazione nulla e senza effetto circa alla *massa* dei creditori indistintamente; cosicchè quello il quale fosse divenuto creditore posteriormente alla donazione (ma prima di aprirsi il fallimento; giacchè tutti gli atti posteriori all' apertura del fallimento sono

nulli di dritto; art. 442 c. com. = *434 ll. ecc. com.*) sarebbe non solo ammesso a partecipare alla distribuzione del prezzo provveniente dai beni donati, ma eziandio avrebbe dritto di domandare la nullità della donazione nel suo interesse, se gli altri creditori non lo facessero, o se il donatario gli avesse soddisfatti; e ciò, ancorchè il donatario avesse fatto trascrivere prima del momento in cui si fosse formato il credito di cui trattasi. La donazione in tal caso è nulla e di niun effetto per riguardo a *tutti* i creditori; mentre la legge credè che fatta in un' epoca sì prossima a quella dell' apertura del fallimento, potrebb' essere di pregiudizio non solo a quelli i quali fossero già creditori del donante, ma anche a coloro che potessero divenirlo immediatamente, nell' ignoranza di un atto recente, che togliesse al debitore le cose da essa considerate come più importanti, e sulla fede delle quali devesi ragionevolmente supporre di aver eglino contrattato seco lui. Vie maggiormente dovrebbe dirsi così nel caso in cui il donatario non avesse ancor fatto trascrivere al momento in cui questi nuovi creditori abbiano contrattato col donante; imperocchè, come il dicemmo parlando della trascrizione delle donazioni (1), i creditori anche chirografarii possono opporre la mancanza di trascrizione, purchè i loro titoli abbiano acquistato data certa prima che siasi essa fatta.

---

(1) Tomo VIII, n.º 517, dove citiamo una decisione che giudicò il contrario.

Ma negli altri casi se il terzo, donatario o acquirente a titolo oneroso, poco monta, e contro cui può esercitarsi l'azione di rivocazione, soddisfi i creditori anteriori agli atti, previene l'azione o ne arresta il corso, quando anche vi fossero altri creditori.

574. Se al contrario si pronunzii la rivocazione o annullamento degli atti, perchè i terzi acquirenti non credettero opportuno di soddisfare i creditori anteriori, sorge allora la quistione se i nuovi creditori possano concorrere coi primi sul prodotto dei beni oggetti di questi atti. La ragione di dubitarne si desume dacchè l'azione di cui trattasi fu evidentemente introdotta a vantaggio de' soli creditori cui gli atti esser possono di pregiudizio, ed in conseguenza a pro de' creditori anteriori agli atti; per lo che essi procedono in proprio nome e non già in nome de' debitori (art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.*): donde sembrerebbe dover risultare che essi soli avessero a trar profitto dalla rivocazione o annullamento. Ma la ragione di dire, a parer nostro, che tutti al contrario debbono essere ammessi, salvo le cause di legittima prelazione, cioè i privilegii e le ipoteche (art. 2094 c. c. = *1964 ll. cc.*), si è che coll'annullamento o rivocazione degli atti i beni rientrano in potere del debitore, come se non ne fossero mai usciti: non possono entrare in quello dei creditori, che hanno soltanto il dritto di farli vendere per essere pagati sul prezzo, e la vendita sperimentasi contra il debitore, come se egli non avesse alienato; giacchè non può sperimentarsi contra alcun

altro. I beni così rientrati nel suo patrimonio sono dunque la comune garantia di tutti i creditori, ai termini dell' art. 2093 c. c.=*1963 ll. cc.*, salvo le cause di legittima prelazione; ma la legge non ne riconosce altre che i privilegi e le ipoteche: l'anteriorità degli atti non ne dà alcuna, come nettampoco ne dà la priorità di pignoramento. Sarebbe questo uno di quei casi in cui si ha per mezzo altrui un dritto che non si avrebbe per ragion propria, e di cui si è citato più di un esempio sinora. Del resto la quistione non sarebbe dubbiosa nel caso di donazioni d'immobili fatte fra dieci giorni anteriori all' apertura del fallimento del donante; poichè la legge li dichiara nulli e di niuno effetto circa alla *massa* de' creditori, ed in conseguenza nell' interesse di tutti.

575. Le leggi romane stabilivano una distinzione perfettamente ragionevole tra coloro i quali avevano contrattato a titolo oneroso col debitore, e quelli che avevano contrattato a titolo gratuito; e l'art. 444 c. com.=*436 ll. ecc. com.* stabilisce positivamente questa distinzione per riguardo alle alienazioni d'immobili fatte fra dieci giorni anteriori all' apertura del fallimento. La regola su cui essa poggia è applicabile pur anche agli atti di alienazioni o di obbligazioni di cose mobili, salvo ciocchè è detto negli art. 445 e 446 c. com.=*435 e 438 ll. ecc. com.*, circa ai pagamenti di debiti commerciali non iscaduti, fatti nei dieci giorni che precedettero l'apertura del fallimento, ed ai privilegii ed alle ipo-

teche stabiliti durante lo stesso periodo. Ne parleremo tra poco.

Perchè gli atti a titolo oneroso potessero rivocarsi, bisognava che coloro i quali avevano contrattato col debitore fossero stati complici della frode ch'egli avea voluto fare con tali atti ai suoi creditori; mentrechè per poter gli atti a titolo gratuito essere soggetti a rivocazione, non era d' uopo che il donatario fosse stato complice (a) della frode del donante: bastava che costui avesse avuto l'intenzione di nuocere ai suoi creditori facendo l' atto, e che questo atto in effetti arrecasse ad essi pregiudizio.

La ragione di tale differenza emergeva dacchè i donatarii, contrastando per fare o almeno per conservare un guadagno, erano men degni di favore de' creditori i quali contrastavano per evitare un danno. Invece che gli acquirenti a titolo oneroso contrastano pure come i creditori per evitare una perdita, giacchè pagarono la cosa; per tal riguardo, sono tutti *in pari causa*; ma per un altro riflesso questi acquirenti hanno un vantaggio, quello del possesso, il quale a dati pari deve proteggere colui che lo ha in suo favore. Da ciò quella regola di dritto: *in pari causa, melior est causa possessoris.*

576. Diciamo che l' art. 444 c. com. = 436 *ll. ecc. com.* stabilisce tale distinzione: effettivamente, secondo questo articolo, « qualsivoglia atto traslativo « di proprietà di beni stabili, fatto dal fallito a « titolo gratuito nei dieci giorni che precedono l'a-

(a) Si osservi la nota precedente al n.° 572. Trad.

« pertura del fallimento, è nullo e senza effetto
« relativamente alla massa de' creditori: qualsivoglia
« atto dello stesso genere a titolo oneroso è soggetto
« ad essere annullato sulla dimanda de' creditori,
« quando sembri a' giudici sospetto di frode. » Or
indubitatamente, perchè questi ultimi atti possano
essere annullati, non basterebbe che il debitore
nell' alienare i suoi beni avesse avuto l' intenzione
di frodare i suoi creditori; ma bisognerebbe di più
che gli acquirenti avessero oprato di concerto seco
lui, sia per mezzo di una vendita simulata o fatta
a vil prezzo, sia anche per mezzo di una vendita
a prezzo ordinario, ma nella conoscenza che il venditore
vendeva colla mira di sottrarre il prezzo della
vendita ai procedimenti de' suoi creditori, prestando
mano così alla frode che egli voleva lor commettere.
Poichè l'annullamento vien contro di essi
pronunciato, è chiaro che la legge, parlando della
frode come causa di tale annullamento, volle parlare
benanche della lor propria frode, o in altri
termini della loro complicità in quella del debitore.
Ma siccome la frode non si presume, e spetta
a chi l' adduce il provarla (art. 1116 e 2268 c.
c.=*1070 e 2174 ll. cc.*), i creditori, attori per nullità,
dovrebbero provarla non solo per ciocchè concerne
il debitore, ma anche riguardo agli acquirenti.

Del resto dicendo il succitato art. 444 c. com.
che qualsivoglia atto traslativo di proprietà di beni
stabili fatto a titolo oneroso fra i dieci giorni che
precedono l' apertura del fallimento è soggetto ad

essere annullato sulla dimanda de' creditori, quando sembri a' giudici sospetto di frode, non ha per iscopo, *e contrario*, di esimere dalla nullità gli atti del medesimo genere fatti prima de' dieci giorni: questi atti rimangono sottoposti alla regola generale dell'art. 1167 c. c.=*1120 ll. cc.*, ed alla disposizione dell'art. 447 c. com.=*439 ll. ecc. com.*, la quale dichiara che « *qualunque* atto o pagamento « fatto in frode de' creditori è nullo. »

Il limite de' dieci giorni fu stabilito ad oggetto di render nulli di dritto gli atti traslativi di proprietà di beni stabili, a titolo gratuito, fatti in questo periodo da un individuo caduto poscia in fallimento; e per conseguenza da un commerciante, giacchè i soli commercianti possono far fallimento propriamente detto: i non commercianti insolvibili possono soltanto cadere in istato di decozione. E se in moltissimi casi lo stato di decozione vien assimilato a quello di fallimento e ne produce gli effetti, ci non è almeno per ciocchè riguarda la nullità di dritto stabilita da questo art. 444. L'epoca precisa della decozione non può comprovarsi come quella dell'apertura del fallimento; e neanche vien dichiarata, come questo, per via di sentenza. Adunque non potè essere intenzione della legge di poggiare sopra così incerta base una presunzione la quale indurrebbe di pieno dritto la nullità degli atti, come lo fece nel caso di fallimento circa a quelli che fossero formati fra i dieci giorni che precedono la sua apertura, e nondimeno con le distinzioni ancora da essa stabilite.

577. Per le donazioni d' immobili anteriori ai dieci giorni, per quelle di cose mobili fatte prima o in questo periodo, e per quelle sia d' immobili sia di mobili fatte da un individuo non commerciante, non sono meno soggette ad essere annullate, se competa. Soltanto non sono nulle di pieno dritto, come lo addivengono le donazioni d' immobili fatte da un commerciante tra i dieci giorni che precedettero l' apertura del suo fallimento. Ma può dimandarsi se per poter essere annullate sia necessario di essersi fatte da un donante di mala fede il quale nel farle sapesse che non gli rimarrebbe abbastanza di che pagare tutti i debiti che allora aveva? Ovvero se mai sia sufficiente che tali atti arrechino pregiudizio ai creditori, perchè il debitore, quantunque di buona fede, nondimeno era allora insolvibile, o cessava di esserlo per effetto degli atti medesimi? Questo concorso di circostanze sarà raro al certo, ma non è impossibile, come or dimostreremo.

Abbiam veduto che nel dritto romano le donazioni tra vivi erano rivocabili sol quando il debitore le avesse fatte in mala fede, sapendo che non gli rimaneva come far fronte alle sue obbligazioni, ed allorchè in fatti erasi con ciò renduto insolvibile. Abbiamo anche veduto che i creditori non avevano dritto d' impugnare le rinuncie di eredità, legati o fedecommessi, abbenchè l' erede, il legatario o il fedecommessario nel rinunciare al dritto avesse saputo che privavasi con ciò de' mezzi di adempiere alle sue obbligazioni. Ma nè il Codice civile, nè il

Codice di commercio spiegavansi positivamente sulla quistione. Quest' ultimo Codice si limita a stabilire la nullità di dritto riguardo agli atti traslativi di proprietà di beni stabili, a titolo gratuito, fatti fra i dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento; ed il Codice civile stabilisce soltanto col suo art. 1167 c. c.=*1120 ll. cc.* la regola generale, « che i « creditori possono in loro nome impugnare gli atti « fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.»

È nondimeno indubitato che quando anche si dovesse dire di non esservi luogo ad annullare le donazioni di cui pocanzi si è parlato se non qualora il donante le avesse fatte in mala fede, non sarebbe inoltre necessario a tal uopo che i donatarii fossero complici della frode del donante; lo stesso dritto romano non lo richiedeva.

Ma da un'altra banda ci sembra indubitato puranche che fuori il caso di donazione di stabili fatta fra i dieci giorni che precedettero l'apertura del fallimento del donante, se costui fosse ancora rimasto compiutamente solvibile, malgrado la liberalità che abbia fatto, non vi sarebbe luogo pe' creditori ad impugnar l'atto a motivo dell'insolvibilità sopraggiunta dopo di essersi fatto; e viemaggiormente questo dritto non potrebbe appartenere ai creditori posteriori all'atto. Soltanto se la donazione fosse di una somma non ancora pagata, il donatario sarebbe anch'esso un creditore il quale, come gli altri, concorrerebbe per contributo, salvo ancora le cause di legittima prelazione, cioè i privilegii e le ipoteche; art. 2094

c. c. = *1964 ll. cc.* Imperocchè nell' ipotesi non solo non si potrebbe dire di essersi fatta la donazione in frode de' dritti de' creditori, ma non potrebbesi anche dire con esattezza d' essere stata fatta in loro danno. Gli avvenimenti posteriori che avessero sconcertato le sostanze del donante sarebbero effettivamente la causa della perdita che essi provassero, ma il donatario non n' è risponsabile: salvo però a quelli che avessero ipoteche o privilegii sui beni donati, ad esercitarli.

Ma nella valutazione della solvibilità del debitore dopo aver fatto le donazioni, si dovrebbe prendere in considerazione la natura de' beni che gli restassero, e soprattutto le epoche di maturo de' suoi debiti; giacchè pei debiti a lungo termine, e per le rendite il cui capitale non è esigibile, si comprende facilmente che essendo i creditori esposti a vedere ancora il patrimonio del debitore diminuirsi in forza di vendite o altri atti, e costui contrarre nuovi debiti, in modo che i beni i quali, dopo le donazioni, sarebbero ampiamente bastati a pagarli tutti, sono divenuti poscia insufficienti a pagarli nel momento dell' esigibilità de' debiti, tutte queste circostanze, diciam noi, dovrebbero considerarsi in valutare la solvibilità del debitore dopo aver fatto le donazioni che i creditori volessero impugnare come fatte in pregiudizio de' loro dritti.

Ma circa alla quistione elevata da principio, quella se il semplice danno cagionato dalle donazioni basta perchè i creditori possano impugnarle, quantunque

non siavi stata mala fede da parte del debitore, dev'essere risoluta affermativamente.

Così, si supponga che uno zio faccia una donazione a suo nipote in tempo in cui ignora la perdita di un bastimento carico di mercanzie considerevoli che gli appartenevano, o l'incendio della sua fabbrica, o un fallimento in cui trovasi per estese somme, e che queste perdite lo rendano insolvibile in tutto o in parte: nel dritto romano tale donazione non sarebbe stata meno inimpugnabile; ma nel nostro dritto dev'essere annullata sulla dimanda dei creditori che aveva il donante allorchè fu fatta, almeno dev'esserlo fino alla debita concorrenza di ciocchè fosse necessario per appianare la mancanza che i creditori trovassero in quei beni che rimanessero al loro debitore. Imperocchè quantunque quelle parole *in frode de' loro dritti* adoperate nell'art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.* e riprodotte con qualche variante negli art. 444 ed altri c. com. = *436 ll. ecc. com.*, abbiano avuto per oggetto di esprimere la mala fede del debitore, ed anche nella maggior parte dei casi la complicità puranche di coloro i quali contrattarono seco lui, nondimeno in materia di disposizioni a titolo gratuito, perchè i creditori possano impugnar gli atti basta che provino semplicemente che i medesimi hanno loro arrecato danno, rendendo il loro debitore insolvibile in tutto o in parte. I creditori contrastano per evitare un danno, mentrechè i donatarii contrastano per fare o per conservare un guadagno: i primi sono dunque più degni di favore de' secondi.

Vi sarebbe grande inconseguenza di mire nel legislatore se dir si dovesse altrimenti. In fatti i creditori di un erede che rinuncia all'eredità semplicemente in lor danno, cioè senz'avere la intenzione di frodarli, ma loro nuocendo nondimeno colla sua rinuncia, possono fare annullare tale rinuncia sino alla concorrente quantità de' loro crediti (art. 788 c. c. = *705 ll. cc.*): non pertanto questo erede poteva avere buonissimi motivi per rinunciare, sia colla mira di evitare l'obbligazione di conferire in massa ciocchè aveva ricevuto dal defunto a titolo di semplice anticipazione di eredità, sia per risparmiarsi gl' imbarazzi della liquidazione di un'eredità che non credeva forse tanto buona quanto i suoi creditori l'hanno poi reputata. Voleva rimanere nella stessa posizione come se questa eredità non gli fosse pervenuta. E da un'altra banda si manterrebbero per necessità gli atti coi quali il debitore avesse effettivamente diminuito il suo patrimonio, ch'era la comune garantia de' suoi creditori, senza che questi medesimi creditori, i quali soffrono da tale diminuzione, possano dolersene! Ma allora, ripetiamolo, non vi sarebbe unità di mire nella legge, la quale stabilirebbe massime opposte, il che non si potrebbe ammettere.

Già si vide puranche che, secondo gli art. 622 e 1053 c. c. = *547 e 1009 ll. cc.*, la rinunzia fatta dall'usufruttuario o dal gravato di restituzione, non può nuocere ai loro creditori; che per poterla costoro impugnare basta che stabiliscano di arrecare

ad essi un danno, diminuendo la insolvibilità del loro debitore; ed una donazione colla quale questo debitore aliena i suoi proprii beni dovrebbe nondimeno essere da essi sancita! Non sapremmo ammettere simile inconseguenza: producendo lo stesso effetto pe' creditori, questi per lo stesso motivo debbono avere il dritto d' impugnarla basandosi sulla medesima causa, cioè sul danno ch' essa fa loro soffrire. L' art. 2225 c. c. = *2131 ll. cc.* è pure nel medesimo spirito.

578. E sebbene l' art. 1464 c. c. sia disteso in termini che non sono assolutamente simili a quelli degli art. 788, 622 e 1053 di sopra cennati, poichè parla di *frode*, nondimeno non dubitiamo che la parola *frode* vi sia adoperata nel senso di *danno*. Esso è così conceputo: « I creditori della mo-« glie possono impugnare la rinunzia fatta da essa, « o da' suoi eredi in *frode* de' loro crediti, ed ac-« cettare la comunione in nome proprio. » La moglie o suoi eredi hanno eziandio minori motivi di rinunciare alla comunione, di quel che può averne un erede per rinunciare all' eredità, poichè essi non son tenuti pei debiti della comunione se non sino alla concorrente quantità di ciocchè vi prendono (art. 1483 c. c.); in vece che l' erede il quale non ebbe la precauzione di accettare col beneficio dell' inventario, è tenuto de' debiti *etiam ultra vires*. Donde bisogna desumere la conseguenza che se la legge permise ai creditori d' impugnare la rinuncia all' eredità, benchè non fosse stata fatta in mala

fede, ma solo perchè essa arreca loro un danno, dovè esser sua volontà, almeno *a pari ratione*, il permettere loro d'impugnare la rinuncia alla comunione fatta coi medesimi risultamenti per essi.

Nel tomo VII, n.° 347 e seguenti, dimostrammo che la moglie la quale rinuncii alla comunione diminuisce effettivamente il suo patrimonio dell'importare della sua parte in questa medesima comunione, come un erede il quale rinuncii all'eredità aperta a suo favore (e di cui era impossessato di pieno dritto; art. 724 c. c. = *645 ll. cc.*), diminuisce il suo del valore di questa eredità; che se la moglie rinuncia con ciò semplicemente alla *facoltà* ch'essa aveva di accettare la comunione, come lo dice Lebrun, il cui ragionamento e parere aveva Pothier sulle prime abbracciato, ma che poi abbandonò; similmente l'erede rinuncia alla *facoltà* che aveva di scegliere tra l'accettazione e la rinuncia, e che tanto in un caso quanto nell'altro, le nostre leggi han considerato la rinuncia come una diminuzione del patrimonio di chi la fece. Senza di ciò, non si sarebbe dovuto dare ai creditori il dritto d'impugnarla anche per motivo di frode; giacchè non potrebb' esservi rinuncia fraudolenta ad una cosa che non si ha nel proprio patrimonio. Laonde i giureconsulti romani erano conseguenti nel loro sistema: se non ammettevano mai i creditori di un erede o di un legatario ad impugnare la rinuncia all'eredità o al legato, egli è perchè non vi scorgevano una diminuzione del patrimonio del debito-

re, ma soltanto una occasione trascurata di aumentarlo. Appresso noi però è prevalso un altro modo di vedere, benchè più ragionevole: chi rinuncia ad una *facoltà* che aveva di aumentare il suo patrimonio, diminuisce pur con ciò questo patrimonio di tutto il valore di tale facoltà. Lo ripetiamo, se non si fosse risguardata la cosa in simile aspetto, i creditori della moglie dalla quale siasi rinunciato alla comunione non avrebbero dovuto avere il diritto d' impugnare la rinuncia anche per causa di frode; imperocchè non vi sarebbe stata maggior frode di quella che ve n' era secondo il dritto romano nella rinuncia ad una eredità o ad un legato. Ma se possono impugnare la rinuncia ad una eredità sul fondamento del semplice pregiudizio, possono per la stessa ragione impugnar la rinuncia alla comunione basandosi sul medesimo motivo. Pothier aveva in fine veduto in quest' ultima rinuncia un'alienazione in favore di quelli che ne profittavano, una donazione del dritto di prender parte nella comunione, come sarebbe la rinuncia di un socio ordinario al dritto di prendere la sua parte nella società; quantunque altronde non vedesse tale alienazione, nè tale donazione nella rinuncia ad una eredità. Donde traeva la conseguenza che colui il quale aveva profittato della rinuncia alla comunione era sottoposto alla collazione nell' eredità della moglie rinunciante, se diveniva suo erede; mentrechè opinava di non doversi la collazione da chi aveva profittato della rinuncia all' eredità, e che diveniva

erede del rinunciante. Per Lebrun era tutto il contrario, giacchè egli sottoponeva quest' ultimo alla collazione, e n' esentava l' altro. Ma eravi inconseguenza e sconcordanza di regole nell' uno e l' altro giureconsulto. Nei due casi avvi luogo alla collazione, perchè nei due casi vi è vantaggio indiretto, il che basta, secondo l'art. 843 c. c. = 762 *ll. cc.*, perchè si debba la collazione; e pei medesimi motivi i creditori, benanche nei due casi debbono poter impugnare la rinuncia, non solo quando essa sia stata fatta in frode de' loro dritti, ma ancor quando stabiliscano semplicemente di aver loro arrecato un danno. Quindi nell' art. 1464 c. c. la parola *frode* viene intesa per *danno*.

579. Le donazioni fatte per contratto di matrimonio che pregiudicano i dritti de' creditori sono mai annullabili a dimanda di quest' ultimi, quantunque lo sposo donatario abbia ricevuto la liberalità in tutta buona fede?

E quelle d' immobili fatte entro i dieci giorni che precedettero l' apertura del fallimento del donante sono forse nulle di dritto, quantunque il donatario non fosse stato complice della mala fede del donante, supponendo che costui abbia agito in mala fede?

Secondo la l. 25, § 1, ff. *quæ in fraudem credit.*, allorchè un creditore insolvibile e che conosceva la propria situazione abbia dotato sua figlia, devesi distinguere circa al marito se il medesimo abbia oppur no partecipato alla frode che il suocero faceva ai di lui creditori con la costituzione di dote. Nel

primo caso avvi luogo alla rivocazione anche per ciocchè riguarda il marito, nel secondo i suoi dritti sulla dote debbono essere rispettati, attesochè non la ricevette a titolo gratuito, ma per sopportare i pesi del matrimonio, *ad onera matrimonii sustinenda*. Questa distinzione deve ammettersi nel nostro dritto, anche nel caso dell' art. 444 c. com. = *436 ll. ecc. com.*; avvegnachè per riguardo al marito la costituzione di dote non è un atto traslativo di proprietà di beni immobili *a titolo gratuito*, ma è semplicemente una concessione di godimento *a titolo oneroso*.

Per altro circa alla figlia dotata, il giureconsulto Venuleio aggiunge nella suddetta legge che, abbia oppur no ella avuto conoscenza dell' effettiva situazione degli affari di suo padre al momento in cui fu costituita la dote, l' atto non può meno essere rivocato, giacchè a suo riguardo è una donazione. Or, come si è detto, perchè le donazioni si avessero potuto rivocare, non era mestieri che il donatario fosse stato complice della frode del donante, ma bisognava soltanto che avesse costui oprato in mala fede e prodotto effettivamente un danno ai creditori che aveva in tempo dell' atto, cessando di essere solvibile per effetto della donazione. E deve nonpertanto notarsi che nel dritto romano il padre era in obbligo di dotare sua figlia, e se mai negavasi ad acconsentire al di lei matrimonio senz' alcun ragionevole motivo, poteva esservi costretto dal ma-

gistrato, e costretto pure di dotarla (1). Al contrario vigente il Codice il figlio non ha dritto di esigere dai suoi genitori una dote o i mezzi di formare uno stabilimento qualunque (art. 204 c. c. = *194 ll. cc.*); talmentechè la costituzione di dote da canto del padre ha vieppiù la caratteristica di una liberalità, se è possibile, di quel che l' aveva appresso i Romani.

Vero è che tra noi chiunque costituisce una dote è tenuto alla garantia (art. 1440 e 1547 c. c. = *1360 ll. cc.*), e fu anche giudicato dalla Corte di cassazione (2), in una specie insorta prima del Codice, che per dritto comune la garantia è dovuta eziandio al marito donatario per contratto di matrimonio. In vece che nel dritto romano era essa dovuta al donatario qualunque sol quando vi fosse stipulazione a tal riguardo (3). La Corte di cassazione assegnò per motivo alla sua decisione che « le donazioni per contratto di matrimonio sono atti *a* « *titolo oneroso*, i quali non possono assimilarsi ad « una mera liberalità, e che debbono in conseguen- « za produrre l' effetto di garantia inerente ai con- « tratti di questa specie. »

Se ciò fosse assolutamente vero, bisognerebbe dire che anche le donazioni d' immobili fatte per contratto di matrimonio, fra i dieci giorni che prece-

---

(1) L. 19, ff. *de ritu nuptiarum. V.* tomo III, n.° 75 e 381.

(2) *V.* nel tomo VIII, n.° 528, l' arresto di rigetto del 22 nevoso anno X, e la specie su cui fu profferito.

(3) L. 2, Cod. *de evictionibus.*

dettero l'apertura del fallimento del donante, non sono nulle di dritto, che sono soltanto capaci d'essere annullate a dimanda de' creditori, e nel caso in cui sembrassero ai giudici sospette di frode, cioè secondo quanto fu spiegato riguardo agli atti dello stesso genere, a titolo oneroso, allorchè il donatario fosse stato complice della mala fede del donante. Ma non è così: le donazioni per contratto di matrimonio sono in sostanza tante vere liberalità, come le altre donazioni; sono, come queste, soggette a rivocazione per sopravvegnenza di figli (art. 960 c. c. = *885 ll. cc.*), ed a riduzione per somministrare le riserve; art. 922 e seg. c. c. = *839 ll. cc.* Hanno esse senza dubbio taluni effetti particolari, specialmente producono la garantia per dritto comune, anche quelle che son fatte al marito, almeno secondo noi e secondo ciocchè fu giudicato dalla Corte di cassazione; ma n'è motivo di esser fatte sotto la condizione del matrimonio che ingiunge agli sposi infiniti obblighi e pesi, e per tal riguardo non senza ragione la Corte suprema le considerò come atti *a titolo oneroso*. Ma quel che è vero circa al dritto di garantia non è ugualmente vero per altri rapporti, specialmente in quanto all'effetto di queste donazioni riguardo ai creditori del donante; imperocchè è indubitato che per esse costui si è impoverito, come si sarebbe impoverito con donazioni fatte fuori contratto di matrimonio; e lo fece in detrimento de' suoi creditori, se non gli rimanevano ancora bastanti beni per adempiere a tutte

le sue obbligazioni allora esistenti. Quindi l'art. 444 c. com. = *436 ll. ecc. com.* non distingue in alcun modo fra queste diverse donazioni; anzi esclude positivamente ogni distinzione fra esse, dicendo: « *Qualsivoglia* atto traslativo di proprietà di beni « stabili, fatto dal fallito a titolo gratuito nei dieci « giorni che precedono l'apertura del fallimento, « è nullo e senza effetto relativamente alla massa « dei creditori. »

Pei medesimi motivi, potrebbero essere annullate a dimanda de' creditori le donazioni del medesimo genere fatte pure per contratto di matrimonio anteriormente ai dieci giorni; le donazioni di cose mobili fatte sia entro i dieci giorni, sia prima; ed infine quelle fatte da persona non commerciante, se al momento degli atti il donante era insolvibile, o se cessava di esserlo per effetto di questi medesimi atti; e ciò ancorchè il donatario non fosse stato complice della frode del donante, e benchè il donante medesimo non avesse agito in mala fede, credendosi in tempo degli atti più ricco di quel che lo era in fatti. Come il dicemmo, i creditori contrastano per evitare di perdere ed i donatarii per fare un lucro: i primi sono dunque più degni di favore de' secondi. La massima *nemo liberalis, nisi liberatus* è una massima assai giusta: perchè mai non si applicherebbe in questi casi, come si applica quando un testatore abbia legato, anche in buona fede, più beni di quelli che avea, dedotti i suoi debiti? Non se ne vede la ragione. Altronde sarà ben

raro che il donante non conosca la sua posizione al momento dell'atto, ed anche che il donatario l'ignori.

580. Circa alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, i creditori del donante possono farne pronunciare la rivocazione sino alla concorrente quantità de' loro dritti, quando anche il donante fosse divenuto insolvibile dopo che esse ebbero luogo, e quantunque avessero essi medesimi contrattato seco lui posteriormente a queste stesse donazioni; imperciocchè tali specie di liberalità quantunque qualificate tra vivi, sono sempre rivocabili (art. 1096 c. c. = *1050 ll. cc.*): esse hanno generalmente gli effetti de' legati (1). Perciò i creditori esercitando tutti i dritti del loro debitore, tranne quelli che sono esclusivamente personali (art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*), possono far rivocare le dette donazioni sino alla concorrente quantità de' loro crediti, ammenochè il coniuge donatario non preferisca di escludere la loro dimanda soddisfacendoli. Ove si obbiettasse che il diritto di rivocare tali donazioni è esclusivamente personale al donante, poichè non è trasmisibile ai suoi eredi, ed in conseguenza che i creditori posteriori non possono impugnarle, mentre non avvi luogo a dire di aver esse cagionato loro un danno, risponderemmo di non esser vero che questo dritto sia uno di quelli esclusivamente personali, giacchè ha per oggetto i beni. La sua non trasmisibilità agli eredi del donante è come quella del diritto di rivocare i legati; ma al pari che i cre-

(1) *V.* tomo precedente, n.° 770 a 780.

ditori di un individuo il quale abbia fatto testamento non possono meno dimandare il lor pagamento sui beni legati, quantunque il testamento fosse per atto pubblico ed anteriore ai crediti, così quelli di un coniuge che abbia fatto donazioni al suo consorte durante il matrimonio, esercitar possono la loro azione sui beni donati. Lo potrebbero pure, anche dopo la morte del debitore, abbenchè non avesse costui rivocato le donazioni.

581. Nel dritto romano allorchè l' azione *Pauliana* veniva ammessa riguardo ad un donatario, era ugualmente accordata contra i suoi eredi, ed anche contra i suoi successori a titolo particolare e gratuito alla cosa donata, cioè ai donatarii e legatarii ulteriori; ma gli uni e gli altri erano soltanto tenuti fino alla concorrente quantità del profitto che avean ricavato dall' atto rivocato. Nei casi anche in cui il donatario fosse stato complice della frode, l'azione che si sarebbe esercitata contro di lui *in solidum*, non poteva esserlo, anche contra i suoi eredi, se non sino alla concorrente quantità di cui avevano profittato del dolo del loro autore. Avverrebbe altrimenti nel nostro dritto circa a tal punto: gli eredi sarebbero tenuti dell' obbligazione del loro autore in tutta la sua estensione; ma i suoi donatarii e legatarii a titolo particolare sarebbero soltanto obbligati di rilasciare ai creditori ciocchè avessero ancora de' beni compresi nella rivocazione.

Allorchè l' azione era ammessa contro un acquirente a titolo oneroso, veniva ugualmente concessa

non solo contro i suoi eredi, ma anche contra i suoi successori a titolo singolare e gratuito ai beni di cui trattasi. Nulladimeno non era accordata, anche contra gli eredi dell' acquirente, se non sino alla concorrente quantità di cui avevano profittato per effetto del suo dolo o della sua complicità col debitore; lo che, come abbiamo pocanzi detto, non sarebbe seguito nel nostro dritto, in cui gli eredi sono soggetti alle conseguenze del dolo del loro autore, per quel che riguarda le riparazioni pecuniarie, nel medesimo modo che n' è tenuto egli stesso.

Ma l' azione non era concessa contra un subacquirente di buona fede a titolo oneroso, sia che avesse ricevuto i beni da un acquirente allo stesso titolo, sia che gli avesse ricevuti da un donatario, i quali gli avevano acquistati dal debitore.

582. Che mai devesi dire nel nostro dritto in quanto a questi terzi subacquirenti?

Primieramente è chiaro che per le donazioni di proprietà di beni stabili fatte entro i dieci giorni che precedettero l' apertura del fallimento, siccome sono *nulle e senza effetto* per riguardo alla massa de' creditori, possono i medesimi rivendicare i beni in qualunque mano sien passati, anche contra un acquirente a titolo oneroso ed in buona fede. Imperocchè non avendo il donatario alcun dritto sopra questi beni per riguardo ai creditori, non potè in conseguenza trasmetterne ad altri.

Ma per le alienazioni d' immobili soltanto capaci di essere annullate, l' acquirente è addivenuto pro-

prietario, e non puossi dire, come nel caso precedente, che non potè trasmettere ad altri alcun dritto sui beni. Parimenti bisogna distinguere, come lo faceva il dritto romano.

Stante ciò, devesi dire che la nullità la quale avrebbe potuto pronunciarsi contra il donatario, o contro l' acquirente a titolo oneroso complice della frode, può ugualmente essere pronunciata non solo contra i loro eredi (lo che è fuori d'ogni controversia), ma eziandio contra i loro successori a titolo particolare e gratuito agli stessi beni.

Può esserlo benanche contra un subacquirente a titolo oneroso che avesse prestato il suo aiuto pure ad un acquirente allo stesso titolo, per garantire l' atto da qualunque impugnazione.

Può esserlo similmente contra il donatario o legatario del donatario che ne era soggetto: egli contrasta del pari per fare o conservare un guadagno, mentrechè i creditori contrastano per evitare di perdere.

Ma l' azione non può esercitarsi contra un acquirente a titolo oneroso ed in buona fede, sia che abbia acquistato da un donatario, sia che abbia acquistato da un compratore, poichè se avesse contrattato egli stesso direttamente col debitore, non avrebbe potuto essere molestato, ancorchè quest' ultimo avesse agito in mala fede.

In verità abbiam detto precedentemente, n.° 180, che l' azione per rivendicazione degl' immobili alienati mediante contratto contenente dolo, e che ebbe luogo in conseguenza dell' azione di rescissione per

questo vizio, può esercitarsi anche contra i terzi in buona fede, non importa il titolo al quale hanno acquistato, attesochè la parte contraente che commise il dolo, non potè altro loro trasmettere se non i dritti ch'essa medesima aveva sulla cosa; ma non avvi contraddizione di regole: i due casi sono ben diversi.

Nel caso di un contratto viziato da dolo, la parte che ne fu vittima è quella che dimanda di esser liberata dalla sua obbligazione, o di restituirsele i beni da essa consegnati in esecuzione di questa medesima obbligazione; e deve aver dritto di dimandare tale restituzione contra qualsivoglia detentore, poichè l'altra parte che la ingannò non potè ragionevolmente trasmettere ad altri maggiori dritti di quelli che essa medesima aveva; la quale regola è riconosciuta ed applicata dal Codice civile in materia d'ipoteca dall'art. 2125 c. c. = *2011 ll. cc.*, e circa alla proprietà dall'art. 2182 ed altri c. c. = *2076 ll. cc.*, specialmente dagli art. 954, 963, 1664, 1673 e 1681 c. c. = *879, 888, 1510, 1519 e 1527 ll. cc.*

Al contrario nel caso dell'azione rivocatoria, non fu ingannata la parte contraente, ma i suoi creditori: peraltro, e non bisogna perdere ciò di mira, alienò essa la propria cosa: era in suo arbitrio il disporne, il trasferirne la proprietà, poichè non erale allora tolta l'amministrazione de' suoi beni, come si suppone; e ciò appunto essa fece e volle fare. E se l'equità richiedeva che la legge si facesse a soccor-

rere i creditori allorchè il debitore abbia oprato colla mira di arrecare ad essi un danno, o quando anche con atti a titolo gratuito abbia loro arrecato un danno senza mala fede; da un'altra banda l'equità esigeva puranche che fosse mantenuto il dritto degli acquirenti in buona fede, a titolo oneroso, i quali contrastano in conseguenza come i creditori per evitare di fare una perdita, poichè essi sono gli uni e gli altri in pari causa, e la ragione e le leggi vogliono che in pari causa, *melior sit causa possessoris.*

Quando trattasi di un contratto al quale io abbia prestato consenso per effetto del dolo di colui col quale contrattai, non puossi dire che il terzo il quale comprò da lui, anche in buona fede, la cosa che forma il contratto, si trovi in pari causa con me; imperciocchè mediante l'azione per nullità che distrugge questo contratto io reclamo la mia cosa per dritto di proprietà, mentre chi ha azione per ricuperare una cosa, si reputa di aver la cosa medesima: *is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem habere videtur;* nell'attochè questo terzo aver non può se non i dritti che aveva il suo venditore. Ma nel caso dell'azione rivocatoria, i creditori attori non sono proprietarii de' beni, e niuna azione o finzione di dritto qualunque può far supporre che lo sieno: al contrario il convenuto nell'azione rivocatoria è realmente padrone de' beni finchè non abbia avuto effetto la rivocazione del suo titolo, poichè, come il nome medesimo e lo scopo dell'azione il dimostrano, tale azione non fu intro-

dotta che per far rescindere gli atti, ed in conseguenza annullare il dritto di proprietà degli acquirenti. I medesimi ed i creditori non sono dunque in pari causa, ed ove sieno in buona fede, ed abbiano ricevuto i beni a titolo oneroso, debbono essere mantenuti, abbenchè il loro diretto ed immediato autore fosse in mala fede.

583. Ciocchè si è detto de' subacquirenti è applicabile a quelli i quali avessero ricevuto dagli acquirenti diretti dritti reali sui beni alienati, come diritti di usufrutto o d' ipoteca. Gli atti sarebbero nulli e di niun effetto riguardo alla massa de' creditori, nel caso di alienazioni a titolo gratuito di beni stabili fatte entro i dieci giorni che precedettero l' apertura del fallimento del debitore; e negli altri casi i terzi che avessero contrattato a titolo oneroso ed in buona fede con gli acquirenti diretti de' beni del fallito o del debitore decotto, sarebbero mantenuti nei dritti che avessero acquistato.

584. Nelle leggi romane l' azione rivocatoria propriamente detta, o Pauliana, durava un anno (1), come la maggior parte delle azioni introdotte dai Pretori, perchè tendeva ad annullare atti ed alienazioni fatti dal padrone de' beni, e con ciò pure ledeva in qualche modo il dritto di proprietà, ch' è *jus utendi et etiam abutendi*. Essa era contraria alle regole del dritto civile. Nulladimeno l' anno non cominciava a decorrere dal giorno degli atti o delle alienazioni, ma soltanto dal giorno in cui i

(1) L. 1, *princip.*, e l. 10, *princip.* ff. *quæ in fraudem credit.*

creditori avean potuto procedere, cioè a principiare dalla escussione de' beni del debitore, che era seguita all'immissione in possesso di questi medesimi beni a pro de' creditori; imperciocchè prima non potevasi sapere se avesse o pur no nel suo patrimonio come soddisfare alle sue obbligazioni, ed in conseguenza se vi fosse o pur no luogo all' azione contra i terzi acquirenti. Quindi, e secondo ciò che abbiamo detto più sopra, la escussione non era un beneficio della legge, ma era di dritto. Ed anche dopo l'anno a principiare da quest' epoca il Pretore accordava eziandio l' azione *in factum* contra i possessori sino alla concorrente quantità che essi avevano in lor potere de' beni del debitore, o che avevano cessato di possedere per mala fede (1).

585. Appresso noi non si è specialmente stabilita la durata dell' azione: donde bisogna conchiudere che dura anni dieci, giusta la disposizione generale dell' art. 1304 c. c.=*1258 ll. cc.*; e gli anni dieci comincerebbero a decorrere dal giorno in cui i creditori che hanno dritto d' impugnare gli atti ne avessero avuto conoscenza ed avessero potuto procedere contra il debitore, per effetto dell' esigibilità de' loro crediti.

586. Circa al modo con cui può provarsi la frode, o del debitore o di quelli che contrattarono seco lui, si seguono le regole ordinarie in materia di frode: in conseguenza non solo può stabilirsi con

(1) L. 10, § *penult.*, *eod. tit.*

gli stessi atti impugnati (a), o con altri, ma eziandio con presunzioni gravi, precise e concordanti, in conformità dell' art. 1353 c. c. = *1307 ll. cc.* Denizart, v. *frode*, riferisce che tale era la giurisprudenza del Parlamento di Parigi. Puossi anche

—

(a) A cagion di esempio, non è da tacersi che spesso la troppo cautela dà sospetto di frode, siccome spiega il Cardinal de Luca *(disc. 29 n.° 17)*. Simile avvertenza si fa da Giacomo Gotofredo sulla legge 81, ff. *de regul. jur.*, dicendo: *Postremo loco observandum, ne id quod omittatur, ut maxime superflua cautione jus commune non lædatur, sæpe tamen fraudis suspicionem induci, ex nimia et superflua cautela, et insoluta clausola*, NIMIA CAUTELA DOLUS EST: *ut not. per Gloss. in l. si quis sub. de condict. indeb. et Baldus ibi, de quo plura Decius hic.* Lo stesso si dice da Rovito *(decis. 3, n.° 13)* e da de Rosa *(Consult. 48, n.° 72)*. Siccome, a cagion di esempio, la pubblicità dell' atto è argomento di buona fede, così la clandestinità è non di rado argomento di frode. Il Cardinal de Luca *(de censib., disc. 12 n.° 5)* dice: *Multa permittuntur quando publice, palam, et directe fiunt, quæ denegantur ubi in occulto.* E Cuiacio sulla legge 11, § 1, ff. *ad L. Jul. de adult.* notò: *Quod eam habuit clam, arguit conscientiam ejus, aliter quam si habuisset eam palam in matrimonio.* Tali congetture debbono però essere collegate con altre precise e concordanti. In questa delicata materia bisogna avvertire con Merlin *(Quest. di dritto,* PAROLA *avantaggio agli eredi presuntivi, § 2 n.° 4)* di *non prendere per indizii di frode quelle congetture vaghe ed arbitrarie, che possono applicarsi con eguale facilità a fatti differenti; quelle verisimiglianze incerte, quei rapporti lontani, su i quali lo spirito di sistema può fondare insiememente l'accusa e le pruove del dolo. La legge non intende altro per indizio, se non una induzione sì forte da un fatto, che ne risulti che la cosa è tale quale l' annuncia, ed è impossibile che sia altrimenti: ut res aliter se habere non potest.*

DANTY, nel suo comento al trattato di *Boiceau* sulla pruova testimoniale, la cui antorità vien riportata nel detto luogo di Merlin, così si esprime: *Di qual carattere debbono essere le presunzioni di dritto perchè si possa loro prestare fede, quando si tratta di decidere se un atto sia fraudolento o simulato? Egli mi sembra che non dovendo stare alle presunzioni, se non quando le pruove dei*

stabilirla, mediante la pruova testimoniale, salvo ai tribunali ad avervi quel riguardo che di dritto, secondo le circostanze della causa e l'importanza degli atti impugnati; ed in effetti i creditori non potettero aver sempre una pruova scritta della mala

---

testimoni o per iscritto vengono a mancare, ne segue che la legge riguarda le presunzioni come dei testimoni, poichè sulla fede di queste presunzioni essa si determina; e che debbono perciò avere le stesse qualità richieste dalla legge nelle deposizioni dei testimoni, per prestarvi intera fede.

Or la prima qualità di una deposizione è che debbe essere grave e precisa, vale a dire che il testimone debbe precisamente deporre del fatto principale che vuolsi provare; altrimenti se non depone che di una circostanza particolare, la sua deposizione non prova altro se non la circostanza che articola, e non già il fatto di cui si tratta; e se questa circostanza non è essenziale, e non ha un legame necessario col fatto in quistione, non può trarsene una conseguenza certa di questo fatto.

La seconda è, che una deposizione debbe essere chiara e giusta, vale a dire senza variazione; perchè, se è concepita in termini oscuri ed in doppio senso, se si smentisce da per se stessa, o se il testimone varia nella sua deposizione, essa non deve fare alcuna impressione, consistendo tutta la sua forza e tutta la sua evidenza in quella giustizia ed in quella conformità che aver deve colla verisimiglianza del fatto; in maniera che dandole un senso ragionevole essa non possa provare un fatto diverso da quello di cui si tratta, nè avere un doppio senso, che racchiuda qualche contrarietà. La terza è, che questa deposizione non debbe esser unica, unus testis, nullus testis, *ma bisogna che sia sostenuta almeno dalla deposizione di un altro testimone egualmente forte e convincente. Quindi perchè una presunzione di simulazione o di frode possa determinare il giudice contro del contratto, bisogna che sia sostenuta da altre presunzioni, e che queste presunzioni sien legate le une alle altre in modo che non si smentiscano, e l'una nasca in qualche maniera dall'altra. Perciocchè più presunzioni leggiere di frode non debbono per niente riguardarsi, mentre non dal loro numero devesi trarre la loro certezza, ma dalla loro verisimiglianza e conformità tra esse.* Trad.

fede delle parti contraenti, il che rende applicabile l' art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*

587. Giusta l' art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.* combinato coll' art. 882 c. c. = *802 ll. cc.*, i creditori di un erede, per evitare che la divisione dell' eredità sia fatta in frode o in danno de' loro dritti, possono intervenirvi a loro spese, ovvero opporsi che vi si proceda fuori la loro presenza; ma non possono impugnare una divisione consumata, tranne nondimeno se vi sia proceduto senza il loro intervento e ad onta di un' opposizione che essi avessero fatta.

La stessa regola si applica pure al caso di una divisione di comunione tra coniugi (medesimo art. 1167 c. c. = *1120 ll. cc.*), e deve essere similmente del caso di una divisione di società o comunione ordinaria; art. 1872 c. c. = *1744 ll. cc.*

588. Secondo l'art. 442 c. com. = *434 ll. ecc. com.*, il fallito dal giorno del fallimento è spogliato di pieno dritto dell' amministrazione di tutti i suoi beni.

In conseguenza gli atti che egli avesse formato dopo quest' epoca non potrebbero nuocere ai creditori, e neanche esser loro opposti.

589. E secondo l' art. 447 *ibid.* = *439 ibid.*, qualunque atto o pagamento fatto in frode de' creditori è nullo; il che bisogna intendere anche degli atti o pagamenti fatti prima del giorno a cui risale l'apertura del fallimento, come è dichiarato dal tribunale di commercio, ed in una delle epoche stabilite dall' art. 441 c. com. = *433 ll. ecc. com.*, poichè per gli atti o pagamenti fatti dopo il giorno

del fallimento, erano già dichiarati nulli per legge, per effetto pure dell'art. 442 *ibid.*=*434 ibid.* il quale spogliava di pieno dritto il debitore dell'amministrazione de' suoi beni a principiare da quest'epoca.

590. Che anzi qualsivoglia atto o obbligo per fatto di commercio, contratto dal debitore ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, si presume fraudolento dalla parte del fallito, ed è nullo (cioè annullabile), allorquando è provato che vi è frode dalla parte degli altri contraenti; art. 445 *ibid.* = *437 ll. ecc. com.*

591. E qualsivoglia somma pagata ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento per debiti commerciali non iscaduti, si deve restituire; art. 446 *ibid.* = *438 ibid.* La legge stabilisce qui una disposizione assoluta, una nullità de' pagamenti, supponendo che siensi questi fatti in frode de' dritti degli altri creditori; che il debitore volle favorire in lor detrimento quelli da lui pagati prima di maturare i loro crediti; imperocchè non è solito che un commerciante paghi prima del maturo i suoi debiti di commercio, mentre ciò intervertirebbe la sua contabilità e l' ordine delle sue scritture. Altronde l'epoche di pagamento sono per ordinario stabilite a seconda di quelle degl' introiti.

Ma questa disposizione non è applicabile ai pagamenti di debiti commerciali scaduti, benchè fatti fra i dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, nè ai pagamenti di debiti non commerciali, benchè non ancora scaduti: l' articolo parla

de' pagamenti di *debiti commerciali non iscaduti*; dunque per quelli che non sono commerciali o che essendo commerciali si trovino scaduti al tempo del pagamento, la legge li lascia sottoposti al dritto comune. Or il dritto comune vuole che colui il quale non altro ha ricevuto se non ciocchè gli si doveva, non sia sottoposto ad alcuna restituzione o collazione.

Nulladimeno siccome l' art. 447 c. com. = *439 ll. ecc. comm.* dice che *qualsivoglia* atto o *pagamento* fatto in frode de' dritti de' creditori è nullo, e questo articolo non può voler parlare nè de' pagamenti che si fossero fatti dopo l' apertura del fallimento, poichè l' art. 442 c. com. = *434 ll. ecc. com.* esclude la supposizione che ve ne abbiano potuto esser fatti dal debitore, nè di quelli de' debiti commerciali non iscaduti fatti nei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, poichè l' art. 446 *ibid.* = *438 ibid.* aveva già detto che dovevano essere conferiti alla massa, per dare un senso ed un effetto a questo art. 447, per ciò che riguarda i pagamenti fatti in frode de' creditori, bisogna intendere la sua disposizione de' debiti non commerciali che si fossero pagati prima della loro scadenza e fra dieci giorni dall' apertura del fallimento, ma con frode, cioè per collusione coi creditori che gli hanno ricevuti. Questi pagamenti sarebbero soltanto annullabili, e con cognizione di causa, mentrechè quelli di debiti commerciali non iscaduti sarebbero nulli di dritto, o in altri termini, sarebbero necessariamente restituiti.

592. L'apertura del fallimento rende esigibili i debiti non iscaduti. Per riguardo agli effetti di commercio, pe' quali il fallito si trova essere uno degli obbligati, gli altri obbligati non sono tenuti se non a dar cauzione pel pagamento alla scadenza, se non vogliono piuttosto adempirvi immediatamente; art. 448 c. com. = *440 ll. ecc. com.*

593. Infine, secondo l' art. 443 c. com. = *435 ll. ecc. com.*, niuno può acquistare privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento.

Ma questa disposizione è troppo generale, almeno per ciocchè riguarda i privilegii: essa dev'essere ristretta ai privilegii convenzionali o risultanti dal dritto di pegno.

In fatti sarebbe una ingiustizia ed un distruggimento di tutte le idee ammesse il contrastare, in virtù di questa disposizione, il privilegio di coloro i quali abbiano somministrato al debitore ed alla sua famiglia i viveri necessarii nei dieci giorni che precedettero l' apertura del suo fallimento, e gli altri privilegi menzionati nell' art. 2101 c. c. = *1970 ll. cc.*

Nettampoco si potrebbe impugnar quello del venditore d'immobili, ed anche di mobili (eccettochè mercanzie), benchè la vendita fosse stata fatta fra i dieci giorni che precedettero l'apertura del fallimento, come il supponiamo, imperocchè questo privilegio è inerente alla vendita: esso ne è la condizione sottointesa, e la cosa venduta non potè pas-

sare nei beni del debitore che sottoposta a questo stesso privilegio. Altronde esso si esercita meno sui beni del fallito che su quelli del venditore, poichè mediante la condizione risolutiva sottointesa nelle vendite d' immobili, anche fatte con dilazione (art. 1184 e 1653 c. c. = *1137 e 1499 ll. cc.*), e nelle vendite di mobili, con le distinzioni stabilite nell' art. 2102 n.° 4 c. c. = *1971 ll. cc.*, il venditore il quale ha l' azione di annullamento e di rivendicazione per mancanza di pagamento del prezzo, può esser considerato come essendo ancora proprietario. Senza ciò la legge non gli darebbe il dritto di rivendicare. Or in materia d' immobili può farlo, anche contra i subacquirenti, come lo dimostreremo nel titolo *della vendita*. Del resto ha senz' alcun dubbio il dritto di dimandare lo scioglimento della vendita degl' immobili, e di sperimentare la rivendicazione de' mobili nel caso e sotto le condizioni espresse nell' art. 2102, n.° 4 suddetto, il che generalmente varrà meglio per lui. Può anche rivendicare le mercanzie spedite, nei casi e con le condizioni espresse negli art. 576 e seguenti c. com. = *570 ll. ecc. com.* Ma questo Codice non attribuisce alcun privilegio al venditore di mercanzie.

Le medesime ragioni militano a favore del privilegio del coerede o condividente, pel compenso o pareggiamento di quote, benchè la divisione sia avvenuta fra i dieci giorni che precedettero l' apertura del fallimento.

Infine nettampoco si potrebbe ragionevolmente

impugnare il privilegio di colui il quale durante questo periodo abbia fatto spese per la conservazione di una cosa appartenente al fallito, e che abbia così proceduto nell' interesse de' creditori medesimi, *qui pignoris causam fecit.* E questo uno de' privilegii più degno di favore, e non ve n' ha alcuno che abbia per fondamento un più giusto e ragionevole motivo.

Dicendo perciò questo art. 443 c. com.=*435 ll. ecc. com.* che *niuno* può acquistare *privilegio* nè ipoteca sopra i beni del fallito nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento, non potè ragionevolmente aver avuto in mira i privilegii di cui si è pocanzi parlato. L' idea de' compilatori cadde sui privilegii convenzionali, che son quelli mediante i quali il debitore potrebbe facilmente frodare i suoi creditori.

È forse lo stesso circa alle ipoteche? La quistione offre maggiori ostacoli, e siccome si rannoda all'art. 2146 c. c.=*2040 ll. cc.*, sarà da noi discussa accuratamente quando esamineremo questo articolo.

FINE DEL DECIMO VOLUME.

TAVOLA
DELLE MATERIE

TITOLO III.

De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO I.

Disposizioni preliminari.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

SEZIONE IV.

SEZIONE V.

CAPITOLO II.

Delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni.

SEZIONE PRIMA

SEZIONE II.

SEZIONE III.

SEZIONE IV.

CAPITOLO III.

Dell' effetto delle obbligazioni.

SEZIONE PRIMA.

SEZIONE II.

SEZIONE III.

SEZIONE IV.

SEZIONE V.

SEZIONE VI.

Fine della tavola.